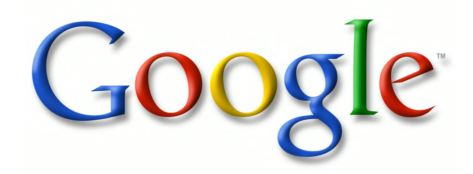
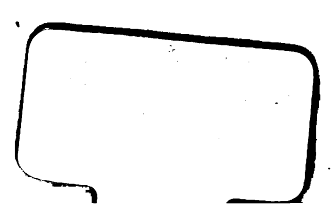
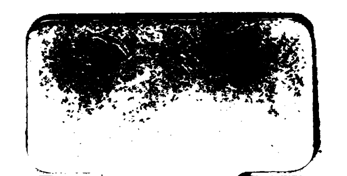


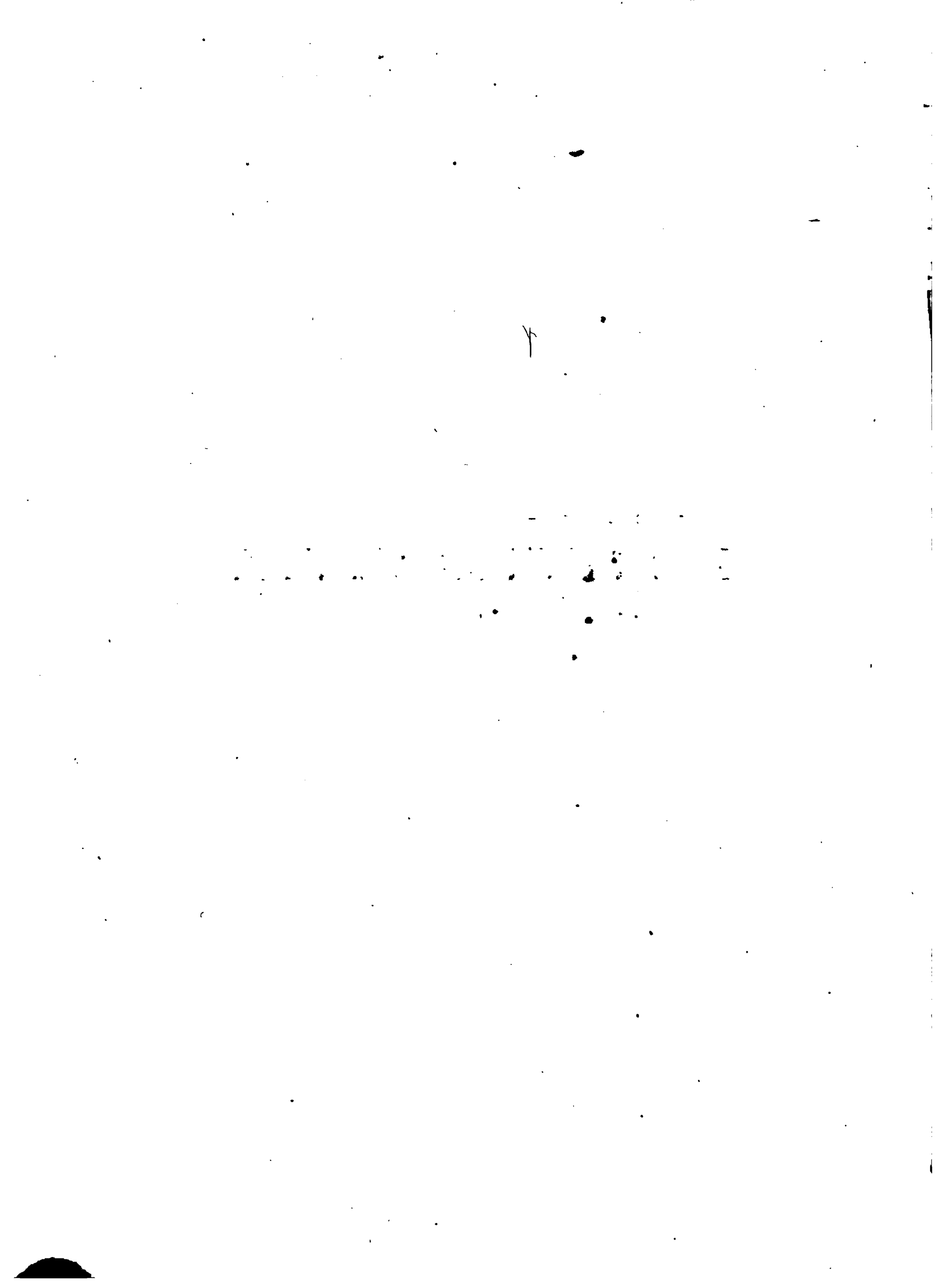

$B 181 923


BERKELEY
LIBRARY
UNIVERSITY OF
CALIFORNIA





№ 2111



PRINCIPIOS

DE

DERECHO CIVIL,

DICTADOS

EN LA

UNIVERSIDAD

DE

BUENOS AIRES

POR

DON PEDRO SOMELLERA.

TOMO PRIMERO

IMPRESO EN BUENOS AIRES EN LA IMPRENTA DE LOS EXPÓSITOS.

1824

DISCURSO

PRELIMINAR.

El objeto de este trabajo será presentar los verdaderos principios de útilidad, y conveniencia, que sirvan para la formacion de nuestras leyes, para su inteligencia, y aplicacion. Ellos sirvirán tambien por ahora para entender, y aplicar las que supletoria mente tenemos adoptadas.

Para el logro de este objeto llevamos una ventaja á todos los pueblos del mundo antiguo. Ellos han debido sus leyes á ocurrentes necesidades, nacidas muchas veces de la ignorancia: así han aplicado sin tino los principios, y han formado muchas leyes,

que debiendo ser pactos meditados de hombres libres, han sido pactos casuales de una necesidad pasagera, cuando no instrumentos de las pasiones de un tirano. Nuestra legislatura formará las que han de regirnos, no solo iluminada por aquellos principios, sinó tambien por todas las luces del presente siglo. La jurisprudencia debe hoy quedar sujeta á un método científico. Han errado los que han creido á esta ciencia incapaz de demostracion matemática. Si las demas han recibido modelos de método; ¿por qué no ha de ser capaz de recibirlos la jurisprudencia? La clasificacion de los males, y de los remedios físicos ha metodizado la ciencia médica; pues la clasificacion de males, y remedios políticos, debe metodizar la ciencia legal. El órden que aquella guarda, es trasportable á esta. El cuerpo político puede tambien tener su *anatomía*, su *fisiología*, su *patología*, su *nosología*, y su *terapeutica*, dice el incomparable BENTHAN; posibilidad que ha demostrado este jurisconsulto reduciéndola á hecho.

Yo no respondo de que podamos en este

primer ensayo conseguir del todo nuestro intento; pero debemos tratar de ello. Los que empiezan el estudio del derecho tienen andado mas camino ácia su logro, que yo, necesitado de olvidar mucho de lo que los juristas han honrado con el nombre de jurisprudencia.

Dividirémos nuestro trabajo en tres partes. En la primera, visto lo que es *derecho* lo que es *ley*, sus *objetos*, y sus *fines*, tratarémos del hombre, de sus diversos estados. En la segunda tratarémos de las cosas criadas para el servicio del hombre, de su clasificacion, del modo de adquirirlas. En la tercera tratarémos de las acciones, de los delitos, de los modo de precaverlos, de los jueces, y de de los juicios.

TRATADO PREPARATORIO

DEL

DERECHO, DE LA LEY,

DE SUS

FINES, Y OBJETOS.

PRESCINDIENDO de las muchas, y varias acepciones en que se toma esta palabra *derecho*; á nuestro proposito por derecho se entiende: Primero: la ciencia de lo justo y de lo injusto; esto es, la jurisprudencia. Segundo, la coleccion de leyes de una misma especie. Tercero, la facultad de hacer, ó de exîjir alguna cosa; y en este sentido, su correlativo es *deber*.

Jurisprudencia es un *habito práctico de interpretar las leyes rectamente, y aplicarlas con ex-*

áctitud á los casos. Ella no es una ciencia puramento especulativa, que termina en el saber. Ella obra, y reduce á actos lo que enseña; y hé aqui su conveniencia con las demas ciencias prácticas. Sabidas por el abogado las leyes, ha de interpretarlas, y despues aplicarlas á los casos que ocurren en la vida civil. Quien no reune estas tres cosas, no será un jurista.

Interpretar la ley es explicar su intento, su fuerza, y poder. La interpretacion es de tres maneras: *auténtica, práctica, y doctrinal. Auténtica* es la declaracion que hace el mismo legislador, consultado á causa de la obscuridad de la ley. *Práctica* la que hacen los tribunales, segun el uso observado en los juicios anteriores. *Doctrinal* la que dan los abogados segun las reglas y principios del derecho. La primera hace ley: la segunda práctica que debe observarse; la tercera toma su fuerza de las razones en que se funda el jurisconsulto. La interpretacion doctrinal es de tres maneras; á saber, *extensiva, restrictiva, y declarativa.* Primera: cuando la razon de la ley se extiende á mas que sus palabras. Segunda, cuando las palabras de la ley se extienden mas que su razon. Tercera, cuando solo se explica la significacion de las palabras de la ley.

Aplicar la ley es traer los anteriores conocimientos á los casos prácticos. Primero: respondiendo á las consultas. Segundo, defendiendo á los demas en el foro. Tercero, precaviendo los engaños, y las nulidades en los contratos, instrumentos, y demas negocios civiles. Cuarto, exerciendo la judicatura.

Tomada la palabra derecho bajo la acepcion en que hablamos se divide en derecho público y privado. Derecho público es el que trata de las cosas correspondientes à la repûblica en general: La paz, la guerra, las legaciones, ó embajadas, los tratados &c. son su materia. El enseña tambien los derechos del que manda, los del subdito, y las relaciones entre uno, y otro. Derecho privado es el que mira á la utilidad de los particulares: el mio y tuyo, el patrimonio de cada individuo hacen su materia.

El derecho tiene sus preceptos, sus objetos, y sus fines. Sus precéptos son: Primero: vivir honestamente. Segundo: no dañar á nadie: Tercero; dar á cada uno lo que le corresponde: Sus objetos son las personas, las cosas, y las acciones. Sus principales fines son dos, uno próximo, y otro remoto. Este es la utilidad general, la tranquilidad interna de la república. Aquel

la justicia sin la cual no puede conseguirse el fin último.

Justicia, es la virtud de dar á cada uno, lo que le corresponde. Dejando á parte un sin número de divisiones, que pueden verse en los comentaristas, que tratan de esta virtud, bastará á nuestro intento decir, que justicia civílmente hablando, y tomada como fin proximo del derecho, *es la conformidad de nuestras acciones externas con la leyes*; y como estas mandan no hacer mal á nadie, dar á cada uno lo suyo, y vivir honestamente, se sigue, que dicha conformidad es de dos maneras: una necesaria y otra voluntaria. Llamo necesaria á la conformidad de aquellas acciones que debemos, de modo que puede obligarsenos à ellas, y por su omision puede castigarsenos. Llamo voluntaria á la conformidad de las acciones, que manda la ley como honestas; pero que las deja á las demas virtudes del hombre, sin obligarlo á ellas, ni imponerle penas por no hacerlas; tales son socorrer á los necesitados, y otros actos de beneficencia, que aunque mandados por las leyes, ni puede el hombre por su omision ser llamado á juicio, ni obligado por el magistrado á ejercerlos.

Esta idea de la justicia comprehende los tres

preceptos del derecho: el que la ejerce del primer modo cumple con no hacer mal à otro, y con dar á cada uno lo que es suyo. El que la ejerce del segundo modo, vive honestamente. Ella hace la division de la justicia en atributrix; y explectrix, que se dice inventada por Grocio; y ella á mas empieza á dar cabida en nuestras explanaciones á los servicios sociales, y políticos de que tanto uso hace Bentham, y los jurisconsultos modernos, y de que trataremos cuando se hable de las obligaciones.

De estar reducida la justicia civil á la conformidad de las acciones externas con la ley, se deja ver la diferencia que hay entre ella, y la justicia moral. Esta consiste en el acto mental con el cual el hombre conforma sus acciones á la ley; y bajo este concepto no se llama justo el hombre aunque cumpla con sus oficios exteriormente, sino lo hace por amor á la virtud. El Fariseo se gloriaba de que no era ladron, de que no era adultero, de que daba á cada uno lo que era suyo; pero él no era moralmente justo; porque hacía esto, y se abstenía de aquello por hipocresía, no por amor á la virtud. Al civilista poco le importa ello. El hombre que atempera sus acciones externas al precepto de la ley, aunque lo haga solo por miedo de la pena, ó por

conseguir el prémio, será civílmente justo, sin meternos á investigar si es hipócrita como el Fariseo, si es herege, ó si es athéo. Tratamos de la justicia civíl: los medios de lograrla deben ser de la misma naturaleza. *Penas*, y *recompensas* sentibles, son los que ha inventado la jurisprudencia.

Dijimos que la palabra *derecho* tomada en el segundo sentido significa la coleccion de leyes de una misma especie; asi es que derecho civíl es el conjunto de leyes que cada estado, república ó reino constituye para su régimen. Tantos son los *derechos* bajo esta acepcion, cuantos los estados. Cada uno de ellos manda ò prohibe lo que creé conveniente, y de su particular utilidad. Las diversas costumbres, las diversas circunstancias, y demás que diversifican los países, diversifican sus códigos. Lo que es provechoso á unos, à otros es perjudicial. Las leyes de Athenas mandaban hospedar à los extrangeros, cuando las de Sparta los mandaban repeler. Como aquellas diversidades son variables, es tambien variable el derecho civíl.

El derecho bajo esta acepcion se divide en escrito y no escrito. Por escrito se entiende el conjunto de leyes promulgadas, estén ó no

reducidas á escritura. Derecho nó escrito se entiende el conjunto de leyes, que sin promulgacion tienen vigor en un país, porque con los hechos ha expresado el pueblo su voluntad. La voz *derecho* bajo la tercera acepcion, dice las ventajas que la ley concede; las acciones que crea al tiempo de crear las obligaciones.

Ley civíl, segun la han definido algunos, es una regla conforme á la léy natural que declara á los ciudadanos lo que deben hacer, ó de lo que deben abstenerse. Yo creo imperfecta la idéa que demanda está definicion; y asi entiendo por ley civíl: *el resultado de la expresion de la voluntad general de los coasociados conforme á los sentimientos, y propensiones de la naturaleza, hecha por los mismos coasociados, ó sus representantes legitimamente congregados, que para que obligue à todos deberá publicarse en la forma convenida, y de manera que pueda llegar á su noticia.*

Es el *resultado;* porque para hacer la ley, es necesario que haya habido deliberacion sobre lo que conviene á los intereses de la comunidad. *De la expresion de la voluntad general de los coasociados,* porque es necesario que ellos concurran por sí, ó por sus representantes à expresar su

origen, é inseparables en su existencia. La naturaleza de las cosas hace, que no pueda la ley dar á unos un beneficio, sin imponer á otros una carga, ó lo que es lo mismo, no se puede criar un derecho en favor de unos sin criarse una obligacion que recaiga sobre otros. Se confiere á Pedro el derecho de propiedad sobre un terreno, y desde ese acto se impone á todos los demas la obligacion de no tocar en sus frutos. Se confiere á Juan un derecho de mando, y desde ese acto se impone á los que ha de mandar la obligacion de obedecerle.

El que hace la ley confiere con placer los derechos, porque son sin duda un bien; pero el debe mirarse para hacer este bien, porque el constituye obligaciones, que sin duda son un mal. La ley no debe imponer una carga, sino para conferir un beneficio de mayor valor. De este principio debe nacer el concepto de buena ó mala ley.

De criar la ley obligaciones, se sigue, que ella quita de la libertad en proporcion de las que cria: se sigue que ella convierte en delitos actos, que á no ser por la ley serían permitidos. Esta conversion la hace ó por un precepto positivo, ó por una prohibicion. Las rebajas que la ley hace de

la libertad son inevitables; porque no pudiendo protejerse la persona, la vida, la reputacion, la propiedad, la subsistencia del ciudadano, sin criar derechos é imponer obligaciones; y no pudiendo hacerse esto sin aquellas rebajas, es de evidente consecuencia su necesidad. El ciudadano logra la libertad á expensas de la libertad misma.

Cada rebaja, cada restriccion que hace la ley á la libertad causa un sentimiento natural mayor ó menor, y á mas una variedad infinita de sufrimientos, é inconvenientes que pueden resultar del particular modo, con que se hace la restriccion. De aquí es que ninguna restriccion debe imponerse, ningun poder conferirse, ninguna coarcitiva sancionarse sin una razon bastante, y específica; ¿y por qué? porque toda ley restrictiva tiene contra sí una razon general que en defecto de otra suficiente, y específica grita contra ella. ¿Y cual será esta razon general? El que toda ley restrictiva ataca la libertad. De aquí es que el que propone una ley restrictiva debe probar no solo que hay una razon especial en favor de ella, sino tambien que esta razon vence, y supera la razon general contra la ley.

Aquella proposicion de que *toda ley restrictiva es contraria á la libertad,* no es generalmente

reconocida, á pesar de su evidencia. Debe ser de nuestro empeño hacer que se reconozca. La verdad de las siguientes proposiciones hará que todos rindan el debido homenage á la razon.

Primera. El primario objeto de la ley debe ser la mayor felicidad posible de la comunidad.

Segunda. La felicidad de un individuo es tanto mayor, cuanto sus sufrimientos son mas ligeros, y en menor número; y cuanto sus goces son mayores, y en mayor número.

Tercera. El cuidado de los goces del individuo debe dejarse casi enteramente á él.

Cuarta. El principal cuidado de la ley es protejer al hombre contra las incomodidades.

Quinta. La ley llena este cuidado criando derechos que confiera á los individuos: derechos de seguridad personal: derechos de proteccion al honor: derechos de propiedad: derechos de recibir socorros en caso de necesidad.

Sexta. A estos derechos corresponden los delitos de todas clases; porque la ley no puede criar derechos, sino criando las obligaciones cor-

respondientes, y no puede criar derechos, y obligaciones sin criar delitos. Luego la ley nada puede mandar, ni prohibir sino restringiendo la libertad de los individuos.

En la distribucion de los derechos, y obligaciones debé el legislador tener en mira la felicidad política. Si buscamos los medios de lograrla los encontrarémos en los elementos de que esta felicidad se compone, es decir, en la subsistencia, en la abundancia, en la seguridad, en la igualdad. Provéer á la subsistencia.—Mantener la abundancia—crear la seguridad—favorecer la igualdad,—deben ser las funciones de la ley.

La ley nada puede obrar directamente para la subsistencia. Su poder está limitado à crear penas y recompensas, y las que creará la ley para obligar á los hombres á provéerse así mismos, serían inútiles, é ineficaces: inútiles porque la naturaleza, esto es, los sentimientos naturales del hombre le ha ahorrado este trabajo: ellos dan un impulso de energía, que no podría dar la ley. La necesidad armada de todas las penas manda despoticamente, y hace obrar sin réplica: el premio en ver el hombre satisfechas sus necesidades, es una recompensa que no necesita mas

sancion, que la exîstencia de la primera: no puede haber una combinacion en las leyes, capaz de crear motivos tan poderosos. Las necesidades mandan trabajar al hombre: ellas le dan esfuerzos y valor, le inspiran la prevision, y hacen el desenrolle de todas sus facultades. Serían á mas inútiles, por la facilidad de eludirlas: nunca se podrían aplicar. La ley no puede conocer los casos en que su aplicacion tendría lugar. No así las necesidades: no cabe en ellas la incertidumbre, ni para ponerse en su caso se exîjen pruebas fuera del hombre mismo. Ellas son un juez inflexible que no admite soborno, no concede perdon, ni dispensa favores; contra su juzgamiento, no hay dilaciones, ni evasion que valga. La sentencia que pronuncia la experiencia del hombre, la confirma ella misma. Nada tiene pues que añadir el código civil por leyes directas al irresistible poder de los motivos naturales. (1)

---

(1) Hallándome de Teniente Letrado de la Intendencia del Paraguay en 1808, tuve que sostener un fuerte debate con el gobernador y el cabildo de la capital para que se suprimiese en el bando de buen gobierno que se trataba de publicar un artículo en que se imponía multa al que no sembrase tantos surcos de maiz, y plantase tantos de mandioca. Este artículo se registraba en todos los bandos que antes se habían promulgado. No puede darse una prueba mas completa de la ignorancia de los que nos han gobernado,

Pero la ley debe de un modo indirecto provéér á la subsistencia. Esto lo hará protejiendo á los trabajadores, y asegurándoles los frutos de su industria. *Seguridad* para los que trabajan, *seguridad* para el producto de los trabajos: este es el inestimable beneficio que debe conferir la ley para la asecucion de su primer objeto.

La abundancia se forma poco á poco por la operacion de las mismas causas, que han producido la subsistencia. El aliciente de satisfacer las necesidades, la sucesion de estas, el deseo activo de que crezca el bien estar, producen continuamente bajo la garantía, que da la ley por la seguridad, nuevos esfuerzos ácia nuevas adquisiciones. De aquí es, que formar leyes directas para que los hombres aspiren á la abundancia, sería emplear medios artificiales cuando bastan los naturales.

Podrá decirse que el hombre salvage deja de trabajar, y se abandona al ocio, luego que tiene satisfechas sus necesidades naturales. Asi serà, y hace bien, si las ha satisfecho todas; pero esta no es una obgecion: lo primero porque no es para el hombre salvage, sino para el hombre social, para quien se forman las leyes; lo segundo porque cuando ese salvage conozca nuevos

placeres, no podrá dejar de sentir nuevas necesidades. Entonces deseará los medios de satisfacerlas, y trabajará para adquirirlos. La civilizacion hace á los hombres mas trabajadores, è industriosos, que lo que son los salvages; y por qué? porque la civilizacion les hace conocer mas placeres. Ese conocimiento aumenta las necesidades y con ellas los deseos de satisfacerlas. El placer no es otra cosa que el resultado de una necesidad satisfecha; al paso que en el hombre se aumentan las necesidades, se le aumentan los motivos de goces, se le aumentan los deseos, y es un consiguiente el que trabaje para lograrlos.

Como los fondos de la subsistencia son frecuentemente atacados por un sin número de accidentes, (1) es preciso para lograr aquella oponerse á estos. Una comunidad, que no tenga superfluo, y mucho superfluo, está siempre expuesta à carecer de lo necesario. La abundancia es quien ha de ponerla á cubierto de este mal; porque cuanto mas se aumenta la abundancia,

---

(1) Condillac en su tratado de comercio con relacion al gobierno ha demostrado que la demasiada abundancia aun de lás cosas mas necesarias puede exponer la subsistencia; pero hay contra este mal el comercio libre: el que hace que la abundancia sea un bien: él asegura mas, y mas la subsistencia.

tanto mas se asegura la subsistencia. Es de advertir, que los favores de la naturaleza no bastan solos á dar este bien á un país : de aquí se sigue que debe ser un ministerio de la ley protejer las operaciones de la agricultura, de la industria, y del comercio. Donde esto se haga no debe temerse que llegue la hambre.

La *seguridad* debe ser otro objeto de la ley. Sin seguridad, ni abundancia, ni aun subsistencia cierta se puede conseguir. La ley es la que solamente puede conferir este don : movida ella por el principio de utilidad, identífica en cierta manera las cosas provenientes del trabajo, é industria del hombre con su persona ; pero el individuo no podría custodiar, y conservar esas cosas, si la ley no contuviera la mano del que trata arrebatárselas. El hombre trabajador, é industrioso tiene tantos enemigos, cuantos son los hombres, que quieren gozar, sin tomarse el trabajo de ser productores. El artificio, y la injusticia asechan encubiertos, y conspiran para aprovecharse del trabajo ageno ; la insolencia, y la audacia à fuerza descubierta quieren lo mismo. Así vive la seguridad en medio de emboscadas, siempre amenazada, jamas tranquila ; y por lo mismo la ley necesita una suma vigilancia, un poder siempre en accion, y sostenido para po-

derla defender de tantos enemigos. De hacerlo así se sigue, que lo que la industria crea, la ley lo conserva: las recompensas que en el primer momento debe el hombre al trabajo, en el siguiente, y siguientes las debe á solo la ley.

No teniendo el hombre limitados sus goces, y sus dolores al momento actual, como los demas animales, él goza, y padece tambien en lo venidero; él goza hoy, espera gozar mañana, y en cierto modo, espera gozar tambien despues de muerto en sus herederos, de manera que anticipa sus goces, y dolores: sus esperanzas forman una cadena, que liga su exîstencia actual á su exîstencia futura. Para protejer la ley etsas esperanzas no debe contentarse con preservar al hombre de las perdidas actuales, debe tambien en quanto le sea posible, preservarle de las perdidas futuras. Qualquier atentado, qualquier golpe contra estos sentimientos del hombre, qualquiera ofensa que toque á sus esperanzas, le produce un mal, á que llama Bentham mal de *esperanza engañada*.

La igualdad, es otro de los constitutivos de la felicidad, y por tanto otro de los objetos á cuyo logro debe dirigirse el legislador. Hablamos aquí de la igualdad de bienes, como perteneciente á

la *patología* legal. Tratarémos despues de la igualdad de derechos, que corresponde á la *dinamica,* sobre que debemos fundar la *hygiene* política.

La igualdad absoluta de bienes es una quimera: solo los calzinados rapaces han procurado hacerla efectiva. Pero conservar la que exîsta, proporcionar la posible, disminuyendo las desigualdades, será la obra de la ley. Para lograr esta posible igualdad, sin ofender los derechos de seguridad, (1) necesita la ley una operacion sábia. Es necesario que ella juzgue de los efectos que causa la riqueza sobre la felicidad del hombre, y para formar de ello un juicio menos inexâcto, le es indispensable considerar à la riqueza en general, y descender despues à considerarla en los diferentes particulares estados, en que puede hallarse.

No tomamos aquí la *riqueza* segun el signifi-

(1) La seguridad es un obgeto permanente de la ley: la propiedad, y libertad son ramas, que ella en si envuelve: debemos considerar á la igualdad como un obgeto subordinado á aquel, de consiguiente solo debe favorecerse á la igualdad cuando no se perjudique á la seguridad: querer favorecerla á costa de la propiedad, seria destruir el todo; por que sin propiedad no puede existir sociedad alguna política.

cado, que dan á esta voz los economistas. Por riqueza entendemos la acomulacion, ó abundancia de medios de satisfacer las necesidades de toda especie. La idéa de la riqueza asi tomada, es una idéa relativa, ya porque sino hubiera pobres, no habría ricos; ya porque con la misma maza de riqueza que uno es pobre, puede otro ser rico. Esta relacion pende de las necesidades de cada uno, y esas necesidades pueden ser hasta de opinion, y capricho.

Cuando tratamos del influjo de la riqueza sobre la *felicidad* del hombre, entendemos por *felicidad* la continuacion de placeres, es decir, de sensaciones agradables, tras las que el hombre se va naturalmente; y asi tomada, no es mas que un placer continuado, una situacion, cuya duracion se desea; y como todo placer, es el resultado de una necesidad satisfecha, se sigue que sin necesidades no hay placeres, ni puede haber felicidad. El que tiene hambre tendrá un placer en comer; pero el que está harto lejos de gozar un placer, sentirá una pena comiendo. No tiene remedio, nuestros placeres serán siempre precedidos de necesidad; y como cuanto mas viva es la necesidad, tanto es mas fuerte la pena que produce, así tambien será tanto mayor el placer que resulte de satisfacerla.

Debe advertirse que cuando se habla del efecto de la riqueza sobre la felicidad, se prescinde: primero, de la sensibilidad respectiva del individuo;—segundo, de los principios que forman su caràcter;—tercero, de las circunstancias exteriores en que pueda hallarse. Sin estas precisiones sería imposible fijar una proposicion general; pero bastando para su justificacion el que se aproxîme á la verdad, mas que toda otra que pueda sostituirsele; bastando el que ella tenga menos inconvenientes que otra cualquiera, bastará tambien para poder servir de base al legislador; porque el hallarse una proposicion general falsa, ó inexacta en un determinado caso particular, nada hace ni contra su exactitud teórica, ni contra su utilidad práctica. Debe tambien tenerse presente, que en el càlculo de la influencia de la riqueza sobre la felicidad, no se toma la felicidad en si misma, sino en la probabilidad de obtenerla. Un hombre con un sin numero de medios de ser feliz, puede no serlo, sino sabe, ó no quiere valerse de los medios que tiene. Asi es que cuando decimos, que el rico es mas feliz que el pobre, queremos dar á entender, que el rico tiene mas probabilidades, mas proporciones de serlo, que las que tiene el pobre.

Descendiendo à considerar la riqueza en los

diferentes estados particulares, y el influjo que puede tener segun las diversas posiciones, pueda considerarse. Primero, cuando se halla en poder de los interesados;—segundo, cuando acaba de entrar en sus manos;—tercero, cuando acaba de salir de ellas;—las reglas que hemos sentado nos conduciràn á precisas consecuencias patológicas (1) ajustadas á cada uno de esos estados. Considerada la riqueza en el primer estado deduciremos v. g. *que á cada porcion de riqueza corresponde una igual porcion de felicidad—que el que tiene mas riqueza, tiene mas felicidad*, &c.

Habrà casos en que no podrá llevarse el cálculo á una perfecta exâctitud; porque puede ser tan grande la suma de riqueza de un individuo, que su excedente de felicidad no corresponda á su excedente de riqueza. Supongamos de una parte un heredero de un millon

(1) Aquella parte de la medecina, que enseña á conocer, y distinguir las enfermedades del cuerpo, se llama *patología:* sobre ese conocimiento está fundada la parte práctica, que enseña á curarlas. Bentham por analogía llama *patalogía* á la parte de nuestra ciencia que enseña á conocer y distinguir las sensaciones y las pasiones de que pende el estado de salud, ó enfermedad del alma; y funda la parte práctica, la legislacion en la *patalogía* mental; por que mal podrán aplicarse los remedios convenientes á una enfermedad que no le conoce.

de pesos, y de otra cien labradores que cada uno tiene diez mil pesos, lo bastante con algo de abundancia. La riqueza del primero es cien veces mayor, que la de cada uno de los segundos; pero su felicidad no estará en la misma proporcion. El hombre que se ha labrado su fortuna, es mas sensible á ella, que el que ha nacido en el seno de la opulencia. El placer de adquisicion dá mayores goces, que la satisfaccion de poséer. El primero causa sensaciones vivas, animadas por anteriores privaciones, y por anteriores deseos, cuando la satisfaccion de poséer, como que nó está animada por los contrastes, como que obrá poco en ella la imaginacion, causa un sentimiento flojo, à quien el hábito priva de la elasticidad. Ya se vé, la capacidad de gozar el hombre es limitada, y una vez llena por mas medios que se le acumulen no aumentarán un ápice à sus goces. ¿ Que aumento de placer recibirá un gloton despues de arto ? Le fastidiará la presencia de los manjares que ya no puede comer. Lo mismo digo de los demas placeres, que podemos proporcionarnos dentro de igual esfera. Un remedio hay. Buscar los placeres en una fuente inagotable : entonces el aumento de riqueza dará un aumento proporcional de felicidad. El hombre que busque los placeres en el ejercicio de al beneficencia, puede estar seguro de que cuantos

mas medios tenga de gozar, mas gozará. En cada instante le naceràn nuevos deseos á que satisfacer, y los placeres del espíritu ocuparán los vacios, que dejan otros placeres.

Despues de considerar la riqueza como estacionaria, debemos exâminar los efectos de ella en el segundo caso, esto es, cuando vá á entrar por la primera vez en manos de un nuevo poseedor. Para este exâmen debe prescindirse de la esperanza, y entrar á él suponiendo que el aumento de fortuna sobreviene inopinadamente, ó como un don de casualidad. En este caso serà cierto, que *una porcion de riqueza á beneficio de la division puede reducirse á estado de no producir felicidad para alguno de los partícipes.* Una libra de trigo, v. g. podrá hacer la subsistencia de un individuo; pero si ella se divide en tantos partícipes, cuantos granos comprende, para uinguno producirá felicidad. Mientras sea posible que la division de una porcion de riqueza, se haga sin que perjudique á la masa total de felicidad, deberá resultar un bien à la igualdad. Así que, entrando una porcion de riqueza dividida en partícipes de fortunas iguales, cuanto mas la division deje subsistir la igualdad, tanto mas crecerá la suma de felicidad; y si los partícipes son de fortunas desiguales el incremento

de la felicidad será mayor, cuanto mas contribuya la distribucion á acercarlos á la igualdad.

Para exâminar el efecto de una porcion de riqueza cuando vá á salir de manos de los interesados, debe prescindirse tambien de la esperanza, y suponer la pérdida inopinada; bien que las pérdidas cuasi siempre lo son, porque todo hombre espera naturalmente conservar lo que tiene: á ello lo induce el curso natural de las cosas. Considerado el punto con generalidad no solo se puede decir con verdad que los hombres conservan la riqueza, sino que la aumentan. Estamos en el caso de las pérdidas, y en él es un consiguiente, que *la pérdida de una porcion de riqueza producirá en el individuo, la pérdida de una porcion de su felicidad, correspondiente á la relacion de la parte, que se le quita, con la que le queda*: de modo que si se le quita una cuarta parte de sus bienes, quedará desfalcada su felicidad en una cuarta parte. Esto es conforme á lo que hemos dicho al considerar la riqueza en el primer particular estado; porque si á una porcion de riqueza corresponde una porcion equivalente de felicidad, de manera que el aumento de aquella aumente proporcionalmente la suma total de esta, es de precisa necesidad, que

el desfalco de una porcion de riqueza traiga un proporcional desfalco á la masa de felicidad. La diminucion de esta será mayor, ó menor segun la proporcion que guarde la parte que se quita, con la parte que queda, pero esto se entiende con tal que la parte que se pierde no toque en lo necesario; porque entonces no hay proporcion: la pérdida de porcion de felicidad no será de una cuarta parte, como la pérdida de la porcion de riqueza: será en tal caso el desfalco de la felicidad del tercio, de la mitad, de mucho mas.... no puede calcularse.

Si la igualdad de probabilidades, si la persuasion de ganancia á que induce el deseo, dejase ver la exâctitud del cálculo, no habría jugadores fuertes. Ellos verían que en ninguna apuesta pueden ganar tanto, como se exponen á perder. Supongamos dos jugadores de igual fortuna, que tenga v. g. mil pesos cada uno, y que la parada es de quinientos: en este caso el que gane aumentarà su riqueza en un tercio, y este será el aumento, que reciba su felicidad; pero si pierde, serà de una mitad el desfalco de su riqueza, y de una mitad serà el desfalco de su felicidad. Lo mismo digo de los que entran en lotería; porque entonces la cantidad de lo que pueden perder se

aumenta en razon de las probabilidades que hay para no ganar.

Como en el caso anterior una porcion de riquezas puede por la division reducirse á punto de no producir felicidad para alguno de los partícipes; asi tambien cuando va á salir de las manos de los interesados puede á fuerza de la division traerse á estado, de que su desfalco, no cause desfalco alguno á la felicidad de cada contribuyente; y como la masa total de felicidad, no es otra cosa, que un compuesto de las masas individuales, la pérdida asi distribuida ningun perjuicio causarà á la masa total. Propongamonos en razon inversa el ejemplo de la libra de trigo, ó supongamonos, que entre ochenta hombres debe pagarse un peso de contribucion.

Estos principios han hecho conocer que el repartimiento de las pérdidas es lo mas favorable á la igualdad. Con el se han parapetado los particulares para hacer frente á las desgracias, que pueden recibir en sus empresas mercantiles. Las grandes compañías, los establecimientos de seguros nos dan el ejemplo. El arte de distribuir las pérdidas entre un número tan grande de asociados, que se hagan ligeras, y casi nulas, es

uno de los mas útiles á la sociedad. Nosotros podemos gloriarnos de haber ya puesto en ejercicio estos principios para indemnizar á los pueblos hermanos de lo que habían sufrido por la guerra y otras calamidades (1) ¡ojalá lleguen nuestras leyes á un grado de perfeccion, que se extienda á remediar aquellas calamidades, que suelen hacerse inevitables al individuo particular! Reducir á casi nada el mal que causan aquellos delitos, que atacan la propiedad; hacer menos sensibles, ó insensibles las pérdidas que inopinadamente suceden por un incendio, una inundacion, sería la obra mas digna.

Para dar mas claridad á la materia pasemos á presentar un caso compuesto del segundo, y tercero anteriores; y exâminemos los efectos de una porcion de riqueza, que para entrar en manos de uno en forma de ganancia, tiene que salir en forma de pérdida de manos de otro. En tal caso, es cierto, que si los dos competidores son iguales en fortuna, la providencia que favorezca al demandado, favorecerá tambien á la suma de felicidad. Razones: primera, por que la

(1) Habla del auxilio de ganados que dimos al pueblo de Santa Fé el año próximo anterior.

suma que vá á perderse está en mayor relacion con los bienes que van á minorarse, que lo está la misma suma con los bienes que van á aumentarse: es decir, la diminucion de felicidad para el uno sería mas grande sin duda alguna, que el aumento de felicidad para el otro. Recordemos lo del juego; segunda, porque el que perdiese sentiría una pena de esperanza engañada, cuando el otro solo queda en el caso de no ganar, y este mal negativo es nada en comparacion del mal positivo de perder. ¡Que infeliz sería el hombre si el no adquirir todo lo que apetece, le causàrá un mal positivo! tercera, porque el hombre en general es mas sensible al dolor, que al placer; y así será sin duda mayor el disgusto, que le cause una pérdida de la cuarta parte de sus bienes, que el gusto que le proporcione la ganancia de un tercio de ellos. Demos gracias á que el mal es raro, y accidental; y à que el bien nace de causas constantes, y necesarias. Por lo demas, ojalá aquel antecedente no fuese una verdad experimental. El dolor de una uña puede reducir al hombre á un estado de fatalidad, cuando la sanidad de esa parte pequeña de su cuerpo, no lo hará feliz, ni le causará mas placer que el primero de *no dolor*.

Aunque los antiguos conocieron estos principios, no supieron desenvolverlos : mil proverbios jurídicos se encuentran en sus escritos, que demuestran bastante su disposicion á la observancia de la igualdad. Dando éllos á la palabra *equidad* una extension, que la saca de la línea, á que ha debido reducirse, han demostrado que de ella no tubieron sino una idea vaga, y que si alguna vez acertaron en su aplicación fue mas por instinto, que por sujeccion al cálculo.

. . . .

Creo haberme detenido en este último objeto de la ley, mas de lo que es debido á mi posicion: la molestia de los lectores será compensada con las ventajas, que podrá proporcionarles el conocimiento, y aplicacion de los principios que hemos procurado desenrollar. En lo dicho se encuentran axîomas, que considerados hasta cierto punto, tienen el caráeter y certidumbre de proposiciones matemáticas. Sirviéndose de ellos no será dificil conseguir un arte regular de contribuciones, (1) de indemnizaciones, de satisfac-

(1) Dar por base para las exâcciones, el que cada uno contribuya en proporcion de sus haberes, creo, que aun no es decir lo bastante para reglar la igualdad: si la proporcion no es geométrica, sino se tiene en mira la relacion entre la parte con que se contribuye, y la parte restante, nada se habrá adelantado á este respecto.

ciones y seguridades; hasta los jueces valiéndose de estos principios podràn expedirse bien en los casos que los prácticos llaman dudosos, ó de dificil prueba. El cálculo, el método, y la paciencia deben hacer el costo de esta ganancia: de otro modo nunca será posible reducir á idéas exâctas, ni á proposiciones fijas, esa multitud incoherente de sentimientos humanos que hacen el objeto de nuestra patología.

PARTE PRIMERA.

DE LAS PERSONAS.

CAP. I.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

La barbarie de las leyes que nos han regido motivaron una substancial diferencia entre el hombre, y la persona. De ella hablan todos los comentadores de Justiniano. En sus escritos, en las leyes sobre que escriben, se ve tratado al hombre como á cosa por razon de la esclavitud. Nosotros no conocemos tal diferiencia. Nuestras sábias leyes han tomado medidas dignas, para abolir aquella repugnante condicion. Para nosotros hombre y persona será todo uno.

Por persona se entiende el hombre considerado en su estado. *Estado* es la calidad, por cuya razon gozan los hombres de diversos derechos; y como esta calidad proviene ó de la naturaleza, ó de la voluntad de los hombres, se sigue, que el *estado* se divide en natural, y civíl. Considerados en el *estado civil* son ciudadanos, ó extrangeros: padres de familia, ó hijos de familia. Asi queda reducido el estado civíl á la ciudadanía, y paternidad, y suprimido el de libertad, que hacian los antiguos consistir en contraposicion de la esclavitud, que hoy desconocemos. Aun considerados los hombres en aquel primer estado son favorecidos por la ley civíl. El postumo, ó que aun no ha nacido, muerto el padre, conserva sus derechos hasta que nace, y continua en ellos. La ley respeta la seguridad del hombre aun antes de nacer, y así á la muger preñada no se impone la pena de muerte, ú otra tormentuosa hasta despues que pare. Tambien participa la muger por razon de tal de muchos derechos, que la ley le confiere, y niega al hombre: á esto dan los autores generalmente el nombre de privilegios; pero lejos de nosotros tal idéa. Los beneficios especiales, que conceden las leyes al sêxo, á la edad &c. tienen su origen en la justa igualdad, á que la ley debe proveér. La física delicadez de aquellas hace á los barones por lo general de

mejor condicion, que las mugeres: bien que no contribuye poco á esta superioridad el no dar á nuestras damas una mejor educacion. Ellas están privadas de obtener empleos, y oficios públicos, pero están tambien exêntas de las cargas personales. Hay hombres mayores de 25 años, y menores de edad. Estos se consideran antes ó despues de la pubertad. La pubertad en los barones empieza á los catorce años, y en las mugeres á los doce. (1) Antes de la pubertad unos y otros se llaman pupilos. El pupilo está en infancia hasta los siete años: desde esta edad hasta los diez y medio años se hallan, y llaman próxímos á la infancia. Desde los diez y medio años hasta la pubertad se llaman próximos à la pubertad. Desde esta época se considera al hombre capaz de dolo, y malicia. En barones y mugeres se extiende la minoridad desde la pubertad hasta los 25 años.

Los mayores de 25 años son jóvenes, ó son viejos. La juventud dura en los barones hasta los 50 años, y en las mugeres hasta los 40. A esto llamamos edad viril. En dichas edades empieza la vejez, á quien tambien benefician las leyes en algunos casos.

(1) No es asi en Africa, ni en los paises del septentrion; alli se adelanta y aqui se atrasa.

Considerado el hombre en el estado civil dijimos lo primero, que es ciudadano, ó extrangero. Por ciudadano se entiende todo hombre que viviendo en sociedad con los demas hombres goza todos los derechos con voz, y voto, bien por sí, bien por medio de sus representantes, en todas las deliberaciones interesantes y comunes á toda la sociedad. Todo hombre nacido, y residente en nuestro territorio, es ciudadano de este estado. Sus primeros derechos son la *libertad*, la *propiedad*, la *igualdad*, y la *seguridad*.

Libertad es el derecho, ó facultad que compete à todo hombre de hacer lo que crea conveniente para sí, de no obedecer sino á la ley, á cuya sancion él por sí ó por sus representantes ha contribuido. La libertad se funda inmediatamente en la misma naturaleza del hombre en su alma inteligente racional, y libre. Los vicios mas contrarios á la libertad son el *despotismo*, la *tiranía*, la *anarquía*. El *despotismo* consiste en que en una sola persona ó cuerpo se reunan todos, ó dos de los poderes políticos: porque cuando tal sucede está muy expuesta la nacion á que la voluntad del encargado, ó encargados de estos poderes, sostituya su voluntad à la ley. La *tiranía* aparece cuando se usurpa un poder, ó poderes, que no corresponde al que se lo

aplica, y ejerce; y tambien cuando se trastornan, y ultrajan los derechos de los ciudadanos. Los efectos de la tiranía, y del despotismo se confunden muchas veces. La *anarquia* consiste en la oposicion de los tres poderes políticos: de ello resulta no haber quien tenga bastante autoridad para hacer respetar las leyes, que en tal caso se violan impunemente por todos. Este mal es mas violento y terrible que los otros; pero es menos duradero. Tambien son contrarios á la libertad, el egoismo, la indiferencia de los ciudadanos en las calamidades públicas, y su insensibilidad en la opresion de alguno, ó algunos de sus conciudadanos.

Contra estos vicios hay virtudes: hay medios de mantener siempre la libertad civíl. Tales son—primero, la ilustracion, é instruccion competente de todas las clases del estado; segundo, el conocimiento exâcto de los derechos, y deberes del hombre, y del ciudadano; tercero, una constitucion que fije clara, y terminantemente los limítes, y relaciones de los tres poderes políticos, y los deberes, y derechos de los gobernados, y gobernantes; cuarto, las convenientes instituciones para mantener esta constitucion; quinto, la libertad de la prensa apoyada sobre bases justas, sólidas, é inderrocables;

sexto, una administracion de justicia independiente, libre, y bien reglada; séptimo, una milicia compuesta de ciudadanos, que tengan un interés en aquellos bienes, nacido de su interés individual.

La *propiedad* de que ya hemos dado una idéa en el tratado preparatorio, en cuanto hace relacion à los bienes, la hace tambien á las personas; porque el hombre no solo debe tener la facultad de poder disponer del producto de su industria, y trabajo, sí tambien de su propia persona, sacando de ella las ventajas, que crea serles convenientes. Esta propiedad personal está tambien fundada en la naturaleza misma del hombre.

La *igualdad*, es el derecho que compete al hombre para poder; primero, emplear sus facultades fisicas, é intelectuales del modo mas análogo á su génio, y con toda la extension, de que ellas son capaces; segundo, de no ser excluido de los honores, dignidades, y empleos de la sociedad, sino por crímenes personales legalmente probados, siempre que tenga los méritos y virtudes que se requieren para el desempeño de tales encargos; tercero, de no ser recargado en iguales circunstancias, mas que otro sin una recompensa; cuarto, de ser juzgado, y

castigado por los delitos de la misma manera, y con la misma pena, que cualquiera otro individuo de la sociedad en igual caso.

Este derecho, lo mismo que los anteriores, se funda en la naturaleza del hombre. Dios le crió para gozar de las facultades que le concedió proporcionalmente á sus calidades. La igualdad de hecho es imposible. Los medios y facultades de los hombres son desiguales; pero esto lejos de repugnar á la igualdad de derechos, la confirma mas, y mas; y demuestra la necesidad de respetar este derecho. A mayor grado de mérito, de experiencia, y de talentos, corresponde mayor confianza de parte de la sociedad. El nacimiento y los méritos de los antepasados no forman los méritos del ciudadano, como que no pueden conferirle aquellas calidades. La obediencia del súbdito, y el precepto del que manda no destruyan la igualdad; porque tanto el que manda, como el que obedece están sujetos á la ley. El derecho, y el deber son recíprocos: á la igualdad de derechos corresponde una igualdad de deberes, y *vice versa*.

Los vicios mas opuestos á la igualdad de derechos son—primero, la infamia, ó desdoro que se impone á ciertos hombres por ejercer algunas

artes, ú oficios útiles y necesarios á la sociedad; egundo, la necesidad, ó coaccion legal de ejercer el hombre ciertos oficios, ó artes sin poder ejercer otros, empleando su industria, y talento conforme á su génio, y facultades; tercero, la incapacidad legal de poder aspirar á ciertos empleos, aun cuando en el concepto de los coasociados tenga tanta idoneidad, como otros que pueden aspirar á ellos. Cuarto, los estatutos que para habilitar al hijo piden en el padre requisitos, que no pudieron depender de la voluntad de aquel. Quinto, las instituciones, ó leyes que castigan en los hijos los delitos de los padres. Sexto, las leyes que favorecen parcialmente la exclusiva acumulacion perpetua de bienes, ó su amortizacion.

Seguridad es el derecho, que compete á todo hombre: primero de ser protegido en su persona, en el goce de todos sus derechos y facultades por la ley y las fuerzas de todos los demas coasociadas; segundo, de no ser inquietado, molestado ni perseguido arbitrariamente; tercero, de no ser preso, ni encarcelado sino por delitos públicas, y legalmente probados; cuarto, de nunca ser privado de la comunicacion, y auxîlios de sus parientes, y amigos; quinto, de que jamas sea violado el asilo de su casa, y mo-

rada, ni exâminada é interceptada su correspondencia, ó papeles privados.

Este derecho se funda en aquel principio, ó axîoma general: *no hagas á otro lo que no quieras, que otro te haga*; ó deja hacer á los demas, lo que tú quieres, que ellos te dejen hacer á tí. Está á mas fundado en la necesidad de la exîstencia, y conservacion tranquila del hombre, que entró en la sociedad para verse libre de toda inquietud, é injusta opresion. La seguridad es el complemento de todos los demas derechos: sin ella no puede haber propiedad, ni libertad, ni igualdad, ni proteccion: sin la seguridad todo es precario; ella da un asílo al hombre en su morada: asílo que debe ser sagrado, é inviolable, para que pueda él hombre, cubrir sus debilidades, sus flaquezas, y miserias: ningun derecho tiene la sociedad para la inquisicion de estas. Ella debe respetar el lugar, que sirve al hombre para desahogo de sus penas, y descanso de sus fatigas; y sería negarle este consuelo, si en tal lugar pudiese ser inquietado.

Los vicios mas opuestos á la seguridad, son: la prision sin un delito calificado—la calumnia impugne—la privacion de los medios de defensa, la arbitrariedad de los jueces, y demas magistra-

dos, ú oficiales encargados de algun poder polítíco, tolerada, consentida, ó autorizada—la impunidad de esta arbitrariedad—las visitas domiciliarias, ó el registro de las casas y habitaciones—las delaciones secretas, autorizadas, permitidas, ó creidas—las acusaciones voluntarias sin responsabilidad—la impunidad de estas acusaciones, y de los testigos falsos—la ocultacion de los delitos atroces—la tolerancia de los abusos contra las leyes—la debilidad del gobierno—la insensibilidad en los males, y opresion injusta de los demas coasociados—la omision de los magistrados, y funcionarios públicos en el exâcto cumplir de sus deberes—la negligencia de los ciudadanos en su instruccion, y en su habilitacion para la defensa de la Patria—su poca vigilancia de los males, que la amenazan—la falta de obediencia à las autoridades legítimamente constituidas—el intentar la reparacion de un daño sea imaginario ó real por otros medios, que los que la ley prescribe.

Otros derechos menos rigurosos, ó imperfectos, y sus respectivos deberes pueden verse en los que de intento tratan de los deberes del hombre para con los demas hombres.

Considerado el hombre en el segundo extremo

de la division del estado civíl, dijimos que era extrangero. Por extrangero se entiende el que no es nacido en nuestro territorio, y que aun viviendo en él no ha adquirido la naturaleza, y ciudadanía por los modos, que designa la ley. Los extrangeros entre nosotros gozan todos los derechos principales, que corresponden al hombre en sociedad, aunque no con la extension que el ciudadano; porque segun nuestras bases constitucionales todo habitante de nuestro estado goza los derechos de vida, honra, libertad, igualdad, propiedad, seguridad. De las leyes constitucionales, es el excluir á los extrangeros de ciertas funciones, cargos y empleos; y tambien privar, y suspender los derechos de ciudadanía.

CAP. II.

DE LA TUTELA Y CURADURIA.

Dijimos que los hombres considerados en el estado natural eran mayores, ó menores de edad, y que estos eran puberes, ó impuberes, á que llamamos pupilos. La debilidad del hombre en este estado exîje una proteccion continua. Todo es menester que se haga á un ser imperfecto, que aun nada hace por sí mismo. El hombre en tal situacion tiene una necesidad de servicios, superior al inconveniente de hacercelos. El entero desenrolle de las fuerzas físicas del hombre llena varios años; pero el de sus facultades intelectuales, es aun mas tardío. A cierta edad tiene fuerzas, y pasiones; pero carece de la prudencia bastante para reglarlas. Muy sensible entonces á lo presente, no cuida de lo por venir; y asi es preciso tenerlo siempre bajo una autoridad mas inmediata, que la de las leyes. Una vigilante observacion sobre las circunstancias personales del jóven tierno, sobre sus talentos, sobre sus inclinaciones, en suma

sobre todas las probabilidades de un suceso futuro, es necesaria; y esta observacion debe proveérse; pero ella es una operacion demasiado menuda, y complicada para que pueda recaer en un funcionario público. Es menester una determinacion particular para cada súbdito, y esta determinacion pide conocimientos particulares, que el funcionario no puede tener.

De aquí deduzcò yo la necesidad de la tutela, de ese poder de proteccion, y de gobierno sobre hombres, que no estando bajo la potestad de otros, son incapaces de protejerse y gobernarse ellos mismos. Ella es una especie de magistratura doméstica, fundada sobre la necesidad manifiesta de aquellos, que le están sujetos: magistratura que debe ser auxiliada de todos los derechos necesarios para llenar su objeto, y nada mas. Los medios de castigo, y correccion le son inevitables; porque la autoridad del tutor sería ineficaz sin ellos; pero estos medios deben escasearse tanto, cuanto su aplicacion es mas cierta y mas inmediata, y cuanto que el gobernador doméstico, el tutor, posée un fondo inagotable de recompensas, con que puede dirigir al pupilo; porque en la edad en que el hombre recibe todo, no hay concesion, que no pueda tomar la forma de un premio.

Este poder de proteccion y de gobierno no debe ser considerado segun algunos han querido como una potestad y dominio absoluto al remedo del que las leyes romanas concedian á los padres sobre sus hijos. El es un gobierno suave, de amparo y proteccion, que la ley en quien reside la suprema guarda de los huérfanos, reparte por las causas, que antes se ha dicho.

De ser la tutela un poder de proteccion y de gobierno se sigue: primero, que es un empleo público y viril: que no pueden ejercer este cargo el menor de edad, el mudo, el sordo, el fatuo, el desmemoriado, el pródigo, el monje, el fraile. Tampoco pueden ejercer la tutela las mugeres, excepto la madre, y abuela, á quienes por el grande amor, que supone llama el derecho à este cargo, que pierden con el hecho de casarse. Yo negaría à la muger su ejercicio á no ser despues de cumplidos 40 años, por las mismas, y quizá mas fuertes razones, que aquellas porque casándose se les priva de la tutela. Pero las leyes no lo disponen, y al contrario, declaran la tutela en la madre y abuela sin consideracion á su edad, á no ser decrépitas. De ser la tutela un poder de proteccion y gobierno se sigue tambien que el pupilo debe reverenciar al tutor como persona que representa al magistrado: que esta repre-

sentacion no puede ejercerse sin autoridad del juez, pero se exceptua de esto el tutor nombrado por el padre.

De ser la tutela para los que son incapaces de protejerse y gobernarse por sí mismos, se sigue: primero, que solo se dé al huérfano menor de 14 años, y à la huérfana menor de 12; segundo, que la tutela es principalmente para la persona, y en consecuencia para los bienes; tercero, que el pupilo debe recibir al tutor, aunque no lo pida, ni quiera; cuarto, que el tutor debe darse no solo al menor de 14 años, y à la menor de 12; sino tambien á todos aquellos, que por un defecto no son capaces de protejerse y gobernarse así mismos, como al loco &c.

En cuanto á la subsistencia del pupilo ella no puede nacer sino de uno de estos tres principios: primero, los bienes que el pupilo posée en propiedad; segundo, el don gratuito; tercero, el trabajo del propio pupilo. Si el pupilo tiene bienes, el tutor los administra en su nombre y provecho; y haciéndolo así segun las formas prescriptas, la ley lo ratifica. Si el pupilo nada tiene, el es mantenido á costa de su tutor, como regularmente sucede entre nosotros con innumerables huérfanos, que por mil accidentes que-

dan en poder de particulares: en este caso no me atrevo á negar la tutela á muchas pobres mugeres, que sin otro principio, que su beneficencia se hacen cargo de mantener y educar infantes, que les ha proporcionado la casualidad. Tambien es mantenido el pupilo por don gratuito en algun establecimiento público de caridad, como nuestra inclusa, y colegio de huérfanas. Es mantenido con su propio trabajo en los casos del aprendizage, en que los servicios del jóven están obligados ó comprometidos, y bastante compensados con la subsistencia, por cuanto la época de no ganar mas, es pagada en la época subsecuente: sobre esto exíge nuestro país providencias especiales; y el gobierno ha empezado ya à dictar algunas.

Tres clases hay de tutores: á saber, testamentarios; legitimos, y dativos. Testamentarios son los nombrados en el testamento. Esta facultad concedida al testador tiene su origen en el afecto que la ley presume. Asi es que puede el padre nombrar tutor al hijo nacido, ó por nacer: puede nombrarlo el abuelo al nieto: puede nombrarlo la madre que tiene la tutela: puede nombrarlo el que instituye heredero à un pupilo, de consiguiente el padre al hijo natural en este caso; y yo añadiría que aun en el de dejarle solo el quinto de los bienes. Estos tutores deben ser confir-

mados por el juez; pero de ello hemos exceptuado el primer caso, por la presuncion de que nadie puede conocer mejor que el padre al individuo, que se halle con los medios, é inclinacion de reémplazarlo. La eleccion debe ser confirmada; pero razones puede haber en el juez para que no la confirme: ellas deben ser constantes, y de gran fuerza.

Como la tutela es una carga puramente onerosa, es consiguiente se haga recaer sobre aquellos, en quienes se conceptua mas inclinacion, y y mas facilidad para llenarla. Asi es que cuando en el testamento no se ha dado tutor al pupilo debe recaer este servicio en el pariente mas cercano. Este es en tal caso el llamado por la ley, y por eso se dice legítimo. Suponiendo la ley en los parientes mas inclinacion ácia el pupilo, que en los extraños, dando la tutela á aquellos hace menos gravoso este servicio, nacido de la necesidad superior. Esta tutela legítima sigue el mismo órden de la sucesion, y asi no corresponde á los afines. Los consanguineos pueden ser obligados á sufrir esta carga; pero la madre y abuela no pueden ser precisadas á admitirla. La tutela en ellas es extraordinaria; y es un beneficio á su sexô el no ser forzosa. A pesar de las disposiciones legales, que llaman al pariente mas cerca-

no á la tutela, yo creo que sería mas seguro el dividir en estos casos la guarda de la persona, de la de los bienes; y que esta debería darse al consanguineo mas inmediato, porque siendo el un presunto heredero de aquellos bienes, tiene mas interés en su conservacion, y mas valer; pero la guarda de la persona se la daría à otro pariente, que pudiese tener mas interés en la existencia del pupilo.

Entre estos tutores legítimos debemos nosotros numerar hoy á los amos de las siervas respecto de los hijos que de ellas han nacido desde Febrero de 1813, y en adelante nacieren; pero esta tutela debe ejercerse con arreglo á la ley particular que formó la Asamblea General Constituyente en dicho año, y no á las leyes romanas, ni de partida que tratan de la tutela de los patronos, respecto de los libertos. La ley de la asamblea solo por abuso pudo llamar libertos á los hijos de las siervas. Ellos entre nosotros son libres, que nunca estubieron en esclavitud segun esa misma ley. Extinguida hoy la emancipacion de que hablan las leyes antiguas, es un consiguiente desconocer tambien la tutela legítima de los padres, de que trató Justiniano en el Tit. 18 Lib. 1°. de las Instituciones.

Á falta de tutor testamentario, ó legítimo procede el juez á nombrarlo, y á este tutor llamamos *dativo*. Puede hacerse el nombramiento á peticion, ó de oficio. Deben pedirlo los parientes inmediatos del pupilo: no pidiéndolo estos, pueden pedirlo los amigos de la familia del huerfano, y cualquiera del pueblo. Faltando estas peticiones el juez ordinario lo nombra de oficio, previos siempre los conocimientos, que debe tomar para la seguridad de los intereses, y principalmente para la de la persona del huerfano, y su buena educacion. Como solo debe darse tutor á falta del testamentario ó legítimo, se sigue que por ausencia corta, ó temporal incapacidad del tutor, no debe nombrarse otro; pero sí curador, que interinamente mire por los bienes. Estos son particulares que quedan al discernimiento del juez.

El modo mas ordinario de concluirse la tutela es la pubertad del huerfano. Desde ella empieza la proteccion, y gobierno doméstico á tener por principal objeto la administracion de los bienes. A este magistrado encargado de ella llamamos curador. Su magistratura llega segun las leyes antiguas casi uniformes de todas las naciones, hasta que el huerfano, ó huerfana cumple la edad de 25 años. Esta disposicion fundada en la cons-

tante experiencia de que hasta este tiempo no se hace por lo general el perfecto desenrrolle de las facultades intelectuales del hombre, rije mas ha de veinte siglos. Pero el órden de este desenrolle no está sujeto à las reglas y precisos movimientos, que la naturaleza ha fijado para el de las facultades físicas. La educacion desenvuelve á aquellas, y el hombre con la ilustracion adquiere un mejor juicio, que el que solo se debe á la experiencia de cuatro, ó seis años mas. El saber humano en el siglo 19 no es de parangonarse con el de los siglos anteriores. Yo diría pues que nuestras leyes deben fijar otro término mas corto á la minoridad del hombre. La ley inglesa, que ha fijado esta época en los 21 años cumplidos, parece mucho mas razonable, que las leyes de que se ha hecho mencion. A esta edad las facultades del hombre se han desenvuelto : el tiene ya todo el sentimiento de sus fuerzas : el debe reusar esa autoridad doméstica, no siéndole facil sufrir en las ligaduras de la infancia. La prolongacion de un poder que obra en el tan inmediatamente, producirá á menudo un estado de irritacion incómodo para el, y su curador. No son de extrañarse las continuas desavenencias entre los curadores, y los curados. Yo las atribuyo al estado violento, en que un hombre, aun pasado los 20 años, debe considerarse por aquella sujecion.

Lo mas de lo que se ha dicho de los tutores tiene lugar en los curadores, á pesar de que el poder de gobierno en estos no es tan fuerte, como en aquellos; por cuanto su obgeto no es igual, como no iguales las necesidades del puber á las del pupilo. Es comun sentir que al menor no debe dársele curador cuando el no quiere, á no ser que sea para pleitos. El se funda en un párrafo de las instituciones de Justiniano, que copia la Ley 13, título 16, partida 6, pero en mi concepto esta disposicion debe reformarse por nuestras leyes. Si á la época de las leyes de las 12 Tablas, cuando Roma era el pueblo de las virtudes, debía ser vilipendio para un jóven mayor de 14 años el no administrar sus bienes, no debió serlo despues que las victorias trajeron à Roma el lujo. La generalidad honesta á la vez los vicios. La curatela era oprobiosa á los jóvenes, y asi es que la léy *letoría* la daba solo á los locos, y pródigos: no ha debido en las épocas posteriores reputarse tal. Nosotros para la variacion debída en este punto no necesitamos los modos indirectos, que enseñan los que han jurado sostener las palabras de Justiniano. Es de pública útilidad, es conveniente á los menores el que tengan curador? pues la ley debe proveér à ello sin consultar su voluntad sobre este particular.

Aunque por lo dicho no debe ser una diferiencia entre la tutela y curatela, el que esta no debe darse al menor que no quiere; pero si lo son—primera, que no debe dejarse curador en testamento; segunda, que si se nombra necesita siempre la aprobacion judicial; tercera, que no hay curaduría legítima; cuarta, que el menor puede elegir el curador.

Las obligaciones de los tutores y curadores toman dos tiempos: uno el de admision del cargo, otro el del ejercicio. En el primero deben ponerse en salvo la persona del pupilo y sus bienes, en el segundo continuarse estas seguridades. De aquí se sigue; primero, que al recibirse el tutor del cargo debe afianzar à satisfaccion del magistrado competente, y no lo haciendo, no debe dársele la administracion; segundo, que debe el tutor ó curador formar legal inventario de todos los bienes del huérfano; y si carece de ellos protestarlo ante el juez; tercero, que al pupilo y sus herederos estàn obligados los bienes del tutor desde el dia en que recibe la tutela, hasta que la rinde con cuenta.

De deber continuar aquellas seguridades en la segunda época de las obligaciones del tutor, se sigue: primero, que en ningun caso puede

el tutor, dejar indefenso al pupilo; segundo, que debe demandar por él, y defender los pleitos, que al pupilo le fuesen movidos; tercero, que debe el tutor personar por sí estos pleitos, y no por procurador; y ello debería ser excepcion de lo generalmente mandado en los pleitos que se siguen en las cámaras; cuarto, que debe autorizar todos los contratos del pupilo; quinto, que debe educar al pupilo segun su rango, y aptitudes; sexto, que debe alimentarlo de sus rentas, sin echar mano de las fincas sino en caso muy preciso, y con intervencion judicial; séptimo, que debe dar habitacion al pupilo, y esta será, si el padre no la ha determinado, la casa de la madre, mientras no se haya vuelto á casar; á falta de esta serà en la que se crea mas conveniente; pero nunca en casa de aquel que haya de heredar sus bienes.

Las obligaciones del tutor con referencia á los bienes, están comprendidas en las siguientes prohibiciones: primera, que no pueda enagenar cosa alguna de los muebles, sino en provecho del pupilo; segunda, que para enagenar cosas preciosas necesita la intervencion del juez; tercera, que lo mismo es para enagenar los bienes raices; cuarta, tampoco puede empeñar por si estos bienes; quinta, no puede comprar bienes

del huérfano sin consentimiento del juez, y conocido provecho, y utilidad de aquel.

Puede el tutor en falta de estas obligaciones, y abusando de su poder, delinquir de dos maneras; á saber, contra la persona del pupilo, ó contra sus bienes. Delinque del primer modo ultrajando la persona del pupilo, y entonces están contra el tutor las leyes, que tratan de las injurias personales; y delinque tambien contra la persona circunstanciando el delito por un *abuso de confianza*. Este es un delito mas odioso; pero no es siempre una razon de aumentar la pena, antes debe ser muy á menudo el disimularla segun las circunstancias. La posicion del delinquente en este caso, es particular, el descubrimiento de su delito es facil, la reparacion del daño es sencilla, y hace menos notable la alarma. Si en el caso de seduccion el caràcter de tutor es una circunstancia, que agrava el delito, la certeza facilita el reparo á la huérfana damnificada. Delinque el tutor contra los bienes del pupilo con ilícitas ganancias, que hace sobre ellos; y este delito está en la clase de las adquisiciones fraudulentas.

Al tratar de las obligaciones del tutor en el ejercicio de su cargo hemos dicho, que *debe*

autorizar todos los contratos del pupilo; porque á la verdad sin su autoridad son nulos. Esto se deja entender que habla del pupilo despues de cumplidos siete años; pues careciendo antes de juicio no puede contratar. Entonces él nada hace: todo lo hace por él el tutor; y no puede decirse, que interpone su autoridad. Pero desde que el jóven es próximo à la infancia, ya puede contratar, y para entonces es, que se dice con propiedad, que se necesita su intervencion para la validez del contrato. Sobre este punto serà una regla general la siguiente: el jóven desde la edad de los siete años hasta su mayor edad, puede contratar, y será valido cuanto haga en su provecho, obligando á otros aun sin la autoridad del tutor ó curador; pero será nulo cuanto haga sin este requisito siendo en su contra, ó quedando èl obligado. (1)

El hombre bajo la tutela, y curaduría vive en un estado de dependencia: este es un mal, que debe hacerse cesar luego que sea posible, sin temor de un mal mas grande. La tutela, y curatéla acaban de varios modos. Unos dicen relacion al huérfano, otros á los que desempeñan aquellos cargos. Los primeros están comprehen-

(1.) Véase lo que se dice en el capítulo 9 de la segunda parte sobre la nulidad de los contratos por interdiccion.

didos en el siguiente axioma: *cesando las causas de la tutela, y curatéla, cesan estas.* De aquí se sigue: que acaban con la muerte del huérfano; porque muerto, ya no necesita quien lo cuide, ni mrie por sus bienes: que acaban por la arrogacion; porque entrando á ser hijo de familia, ya tiene quien ampare su persona, y administre sus bienes: que acaban con la edad; porque el puber puede cuidarse así, y el mayor manejar sus interéses. Se acaban estos cargos con relacion al que los ejerce; primero, por la muerte, en cuyo caso siendo un cargo personal no pasa á sus herederos; segundo, por remocion de los sospechosos.

Sospechosos, segun legal significacion, son aquellos que usando fraude, ó trampa en menoscabo del huérfano, ó que por sus malas costumbres causan temores aunque por otra parte sean ricos. Cualquiera puede hacer de acusador contra estos, menos los pupilos: desde la acusacion queda suspendido del cargo, y se proveé interinamente: la acusacion debe hacerse ante el juez del lugar: aun sin preceder esta puede el juez de oficio proceder á causar, y remover.

Tambien se acaban estos cargos: tercero, por justas escusaciones. Estas son *necesarias* ó *vo-*

luntarias. *Necesarias* son aquellas, por las cuales, no puede uno, aunque quiera, ejercer el cargo: de estos impedimentos hemos hablado ya. Las escusas *voluntarias* son de tres maneras: unas provienen de beneficio de la ley: otras de impotencia en el sugeto; y otras provienen de honestidad. Por lo primero se escusan los que tienen cinco hijos; el que tiene á su cargo tres tutelas; los recaudadores de rentas públicas: los jueces, los catedráticos, si están en actual ejercicio: se escusan por impotencia el pordiosero: el que no tiene mas que su trabajo diario: el enfermo de continuo: el que no sabe leér, y escribir: el septuagenario. Se escusan por razon de honestidad, el que ha sido enemigo capital del padre del huérfano, á no ser que el padre lo nombre en el testamento: el que tiene pleito con el pupilo, ó espera tenerlo: el que tiene complicados sus intereses con los de este: pueden tambien alegarse por escusa de la tutela de la huérfana otras razones de prudencia, y delicadez, que deben considerarse por el juez.

Acabada la tutela por edad del huérfano, debe el tutor rendir cuenta de ella al curador, que le suceda en la administracion de los bienes; si se acaba por muerte del pupilo á sus herederos; si por remocion al que se nombre en su lugar,

La misma obligacion hay en el curador; pero cuando ha concluido su cargo por mayoridad del huérfano, á él debe rendir la cuenta. Para el resultado de estas cuentas son obligados los bienes de los tutores, y curadores, y los de sus herederos, como tambien los de sus fiadores, y los suyos.

Sobre si algo deba darse al tutor por su trabajo, y cuanto, es arto disputado. Las prácticas sobre la cantidad son varias. Una ley del fuero real español, fundada en una ley goda de Leovigildo, asigna al tutor la décima de las rentas que recauda. Pero la tutela es una carga públlica: es en todo gravosa al tutor, y en todo favorable al pupilo, es un servicio, cuya necesidad es superior al inconveniente de hacerlo; y dejaría estas calidades, si algo ha de percibir aquel por su trabajo.

CAP. III.

DEL MATRIMONIO.

Dijimos, que el hombre considerado en el estado civíl, es padre de familia, ó hijo de familia: relaciones que solo pueden darse por medio del matrimonio, tomado en el órden civíl. Esto nos obliga á hablar de ello en este lugar, anticipándolo á los demas contratos, que tendrán cabida en el tratado siguiente. El matrimonio es un contrato civíl, autorizado por la iglesia que le ha dado lugar entre sus sacramentos; asi es que no podemos en lo que pertenece á su valor y tratando de sus impedimentos, prescindir de lo que tiene de eclesiástico. Relativamente á esto, yo no podré expedirme con la perfeccion que quisiera; pero los que deseén lograr la bastante podrán leér á nuestros canonistas. Explicarémos en cuanto nos sea posible lo que es matrimonio, considerándolo como contrato civíl, sin

contrariar lo que á su respecto dice el derecho canónico.

Al contrato del matrimonio suele preceder otro que llamamos esponsales. Esto no es otra cosa, que la promesa que hacen de casarse los que quieren hacerlo. Estos esponsales pueden contraerlos los que tienen la edad bastante para consentir, y están en su juicio. La distincion, que hacen los canonistas, y algunos civilistas entre esponsales de presente, y de futuro, yo la encuentro impropia, é innecesaria para cosa alguna. El efecto de la mútua promesa. ó de los esponsales, es la obligacion de casarse; pero aquella promesa será nula, si ha precedido otra por alguno de los contratantes, ó si hay entre ellos ímpedimento canónico, ó civíl para el matrimonio: sobre este particular deben tambien verse los canonistas. En los hijos de familia hasta cierta edad, y en los menores, son de ningun efecto los esponsales sin el consentimiento respectivo. De ello tratan las pragmáticas dadas por los reyes de España en 23 de Marzo de 1776 y el decreto de 28 de Abril de 1803 que rigen hasta que nuestras leyes den nueva forma á la materia, como es necesario. Basta de esponsales.

Matrimonio es la union legítima de baron y muger hecha para siempre. Su fin principal es la propagacion de la especie: los medios que á ella sirven son un conjunto de bienes. Bajo cualquier punto de vista que mirémos á este noble contrato, hace impresion su utilidad. El es la mejor eslabonadura de la sociedad, la base fundàmental de la civilizacion. El matrimonio, considerado solo como contrato, ha sacado al sêxo bello de una esclavitud la mas dura, y la mas humillante: él ha dividido en familias distintas la masa de la comunidad, para hacer mas fuerte su union: él ha creado una magistratura doméstica, que siendo la primera en el órden social, ha dado norma á las demas, que se conocen: él ha formado ciudadanos, y ha hecho que los hombres tiendan sus miras sobre lo futuro, arrastràndolos á ella la afeccion de lo que engendraron: él ha multiplicado las simpatías: en suma, para conocer los bienes de esta institucion, bastarà ponernos en el caso de lo que seriamos los hombres sin el matrimonio.

A siete artículos puede reducirse este capítulo, que serán otras tantas cuestiones. 1ª.—Entre qué personas será permitido el matrimonio?—2ª. Cual será su duracion? 3ª.—Cuales sus condiciones? 4ª.—A qué edad podrá contraerse?

5ª.—Por eleccion de quien? 6ª.—Entre cuantas personas? 7ª.—Cuales son sus formalidades? Al desenvolver estas cuestiones encontrarémos la naturaleza de este contrato, los impedimentos, que lo anulan, y las formalidades, que necesita.

CUESTION PRIMERA.

En cuanto á la primera cuestion, no acertariamos, si los hechos históricos hubiesen de guiarnos, para encontrar las personas entre quienes debe prohibirse esta union; pues siendo tan diversos los usos, nos sería imposible dar una regla fija. No nos faltarian ejemplos con que autorizar matrimonios, que miramos como los mas criminales, ni para prohibir otros, que creémos los mas inocentes. Cada pueblo á este respecto tienen sus leyes; creé seguir lo que llaman derecho natural, y mira con horror todo lo que no es conforme á ellas. Para buscar pues lo justo de las prohibiciones debemos separar la vista del libro en que están escritos los hechos, y fijarla en los principios de *utilidad*. Ellos nos sacarán del conflicto: su consulta nos demostrará la conveniencia de las prohibiciones, asi civiles como canónicas.

La composicion de una familia formada de

personas de diferentes edades, de diferentes sexôs, y de diferentes deberes nos presenta las fuertes razones, que inducen à proscribir la union conyugal entre varios individuos de ella. Un padre, un abuelo, un tio, que ocupe el lugar de padre, ¿cómo podrá contraer con su hija, con su nieta, con su jóven sobrina? Esta posibilidad los pondría en estado de abusar de su poder, obligando á una jóven á contraer con ellos una alianza, que le sería odiósa. Cuanto mas necesaria es la autoridad de los parientes, tanto mas debe alejarseles la ocasion de abusar de ella.

Sin una barrera intraspasable entre los parientes inmediatos, llamados por el órden social á vivir juntos, y en la mayor intimidad, su inmediacion, las ocasiones continuas, la amistad, las inocentes caricias, serían un pábulo à pasiones funestas. El propio domicilio, esos retiros donde el hombre debe encontrar el reposo, y donde deben calmarse los movimientos del alma agitada por las scenas del mundo, el seno de las familias, sería lo mas expuesto á todas las inquietudes, á todas las rivalidades, á todos los furores del amor. Las sospechas desterrarían la confianza, los sentimientos mas dulces se apagarían en los corazones, ó tendrìan un prémio acibarado: estos serían los resultados de una

esperanza, que la ley fundada en la utilidad, ha debido hacer que no exista. Á esto se agrega que ese poderoso atractivo, que nos conduce al matrimonio, la opinion de la castidad de las jóvenes, no tendría un garante, y serían sus mas peligrosos lazos el mismo asílo destinado á evitarlos. Las causas del impedimento por parentezco pueden reducirse á cuatro clases. 1ª. *La rivalidad.* El peligro que nace de una rivalidad real, ó aparente entre uno de los consortes, y ciertas personas del número de sus parientes, ó de sus allegados. 2ª. *Obstáculos al matrimonio.* Peligro de privar á las jóvenes de formarse un establecimiento ventajoso por el noble medio del matrimonio, por cuanto disminuyéndose la seguridad de los que quisiesen casar con ellas, se retraerían. 3ª. *Relajacion de la disciplina doméstica.* Peligro de alterar la naturaleza de las relaciones entre aquellos, que en la familia deben mandar, y los que deben obedecer, ó al menos, peligro de debilitar la autoridad, que las leyes creén tan necesaria por el mismo interés de las personas menores, y que debe ejercerse sobre ellas por la cabeza de la familia, ó por el que haga sus veces. 4ª. *Perjuicios físicos.* Peligros que nacen de los goces prematuros. El desenrolle de las fuerzas no se hace entonces como debe, y lo padece la salud de los individuos.

TABLA DE LOS MATRIMONIOS QUE DEBEN PROHIBIRSE.

1º. Ninguno podrá casarse con la viuda, ó esposa de uno de sus ascendientes. (Causa 1ª., 3ª., y 4ª.)

2º. Ninguno podrá casarse con la viuda, ó esposa de uno de sus descendientes. (Causa 1ª.)

3º. Ninguno podrá casarse con su tia, ni con la esposa, ó viuda de su tio. (Causa 1ª., 2ª., 3ª., y 4ª.)

4º. Ninguno podrá casarse con su hermana, ni con su sobrina. (Causa 2ª., 3ª., y 4ª.)

5º. Ninguno podrá casarse con la ascendiente, ó descendiente de su esposa. (Causa 1ª., 2ª., 3ª., y 4ª.)

6º. Ninguno podrá casarse con la hija de la esposa de su padre, ó del esposo de su madre en un matrimonio anterior. (Causa 4ª.)

7º. Ninguno podrá casarse con su descen-

diente cualquiera. (Causa 2a., 3a., y 4a.,) (1)

Es muy raro que las pasiones del amor se desenrrollen en el círculo de los individuos, á los cuales, segun la tabla que dejamos trazada, debe ser el casamiento convenientemente prohibido. La simpatía, un cierto grado de sorpresa, un efecto subito de novedad de que ordinariamente nacen los sentimientos del amor, no es fácil en los casos que hemos expuesto. Individuos acostumbrados á verse, á conocerse desde una edad, que no es capaz de concebir ese deseo, ni de inspirarlo, se verán de un mismo modo hasta el fin de su vida: la inclinacion entonces no encuentra época determinada para empezar: sus afectos han tomado otro curso, y han formado un rio, cuyo cauze no cambiará.

(1) En esta tabla se omiten el parentesco civil creado por la adopcion en la antigua Roma, y el parentesco espiritual inventado en la Roma de los Papas. Aquel impedimento ya no se conoce: este subsiste, pero de algunos siglos á esta parte se descubrió en el dinero un facil remedio contra él; un padrino rico no dejará de casarse con su ahijada, si lo quiere eficazmente, como no dejará de hacerlo en el mismo caso un tio con la sobrina. Los que sostienen que la ley natural prohibe los matrimonios, que se llaman incestuosos, habrán de confesar que esa ley solo comprende á los pobres.

La naturaleza se conforma bastante bien à este respecto con los principios de la utilidad: pero es necesario no fiarse á ella sola. Hay ocasiones en que la inclinacion podría nacer, y la alianza sería un objeto de deseo, si ella no estuviese prohibida por las leyes, é infamada por la opinion.

A mas de los impedimentos de que se ha tratado hay otros, que tambien establecen los canones, y las leyes civiles. Tales son, la muerte de alguno de los consortes ejecutada por alguno de los que tratan casar, la diversidad de religion, el órden sacerdotal, el voto solemne. La utilidad de estas prohibiciones la encontraremos en las causas de que hemos hablado, en la seguridad, en la necesidad de una moral sana, sin la que la sociedad no puede subsistir. Yo vuelvo á recomendar sobre esta materia la lectura de los canonistas, y en particular la de Selvagio. Daremos por toda respuesta á la cuestion: *pueden unirse en matrimonio todos aquellos, á quienes especialmente no se les prohibe.*

CUESTION SEGUNDA.

¿ Cual será la duracion del matrimonio ?

Ya lo dijimos al definirlo: la union *para siem-*

pre; porque á la verdad si la ley nada determinará á este respecto, si fuese permitido á los individuos formar su compromiso por un término, mas ó menos largo, ¿cual sería el ajustamiento mas comun, el general bajo los auspicios de la libertad, y observando la igualdad? sin duda sería el *para siempre* el término de los contratantes.

. . . .

Bien podría el objeto del baron en este contrato ser unicamente satisfacer una pasion pasagera, y satisfecha esta, dejar disuelto el contrato. En tal caso ¿quien no vé que el hombre tendría en todo la ventaja de la union sin ninguno de sus inconvenientes? ¿Entraría la muger en este ajustamiento? De ningun modo. Tal compromiso traería para ella cargas muy graves, y muy durables. Despues de las incomodidades de la preñez, despues de los peligros del parto, ella quedaría cargada con los cuidados de la maternidad; y tal union que no daría al hombre sino placeres, sería para la muger un largo tejido de trabajos, que la conduciría á un término inevitable de desgracias. Ella en la union debe asegurarse de antemano para sí, y para el que debe nutrir en su seno, de un esposo que los cuide, y proteja. *Yo me entrego á ti;* (es el concepto de la muger) *pero tú serás mi guarda en mi es-*

tado de debilidad, y tú proveerás á la conservacion del fruto de nuestro amor.

Ved ahí el principio de una compañía duradera hasta la muerte. No solo el nacimiento de uno, sino otros nacimientos van formando otros tantos nudos, que á medida que se aumentan, se prolongaria el comprometimiento. Los primeros límites, que hubieran podido fijarse al contrato, desaparecerian luego, y una nueva carrera se abriria à los placeres, y á los deberes recíprocos de los esposos. No hay que dudar: *el para siempre* de la ley, es un para siempre embebído en la naturaleza del contrato.

Objeccion: Quando la madre no pueda mas esperar serlo; cuando el padre haya provisto á la subsistencia del mas joven de los hijos; serà naturalmente el término de este contrato? No: por que la habitud ha rodeado los corazones de los esposos con mil, y mil ligaduras, que la muerte solo podrá romper. Los hijos forman un nuevo centro de union: crian un nuevo fondo de placeres, y esperanzas, que solo puede medir el que los tiene; ellos hacen al padre, y á la madre necesarios uno á otro por los cuidados, y las delicias de una afeccion comun, que nadie puede dividir con ellos.

Hay respecto de la muger un otro interés particular que la necesita á la perpetuidad de la union. La preñez, la crianza del hijo, la cohabitacion misma conspiran á disminuir sus atractivos. Ella espera ver declinar su hermosura en una edad en que la fuerza del hombre se aumenta todavia: ella sabe que desmejorada su belleza, y gastada su juventud, le será mas dificil encontrar un segundo, que la alague, entre tanto que el hombre no probará un reproche á sus caricias. He aqui unos motivos para otra clausula, que le hará dictar su prevision. Ella dirá: *yo me entrego á tí, pero no te será libre el separarte de mí.* El hombre enamorado, deseoso de complacer, y queriendo dar á su amor un aire de justicia por medio de la igualdad, exîje otra tal promesa; y asi tenemos en resultado un contrato equilatero, fundado sobre la dicha de ambos contratantes.

Es pues en el matrimonio, la union *para siempre* lo mas natural, lo mas conveniente á las necesidades, lo mas útil á las familias, lo mas favorable á los individuos que la contraen, y lo mejor para el lógro del fin á que se dirije. Aun cuando no hubiese leyes, que mandasen *el para siempre,* las razonables que sancionan los contratos lo tienen sancionado á este ajustamiento:

ellas prescriben la perpetuidad del matrimonio. El amor de parte del hombre; el amor y la prevision de parte de la muger, la prudencia de los padres, su afeccion, sus esperanzas todo concurre á imprimir en este contrato el carácter de perpetuo.

CUESTION TERCERA.

¿ Con que condiciones se celebrará este contrato?

No se trata de otra cosa aqui sinó de buscar las condiciones matrimoniales, que bajo el principio de la utilidad convienen mejor al mayor numero, ó cuales son las inherentes á su naturaleza.

Primera condicion: *la muger será sumisa á las leyes del hombre, salvo recurso á la autoridad.* Dueño el hombre de la muger por lo que miran sus intereses ácia el, el debe ser tutor de la misma por lo que respecta á sus intereses ácia ella. Entre dos personas que pasan su vida juntas, las voluntades pueden á cada momento discordar. El bien de la paz, quiere que se establezca una preeminencia, que prevenga, ó termine las contestaciones. Pero ¿por que es el hombre el que ha de gobernar? La contesta-

cion es obvia; porque es el mas fuerte. En sus manos el poder se mantiene en si mismo. Si damos la autoridad á la muger, á cada momento verá ella nacer revoluciones de parte del marido. No es esta la sola razon: hay á mas, el que el hombre por su genero de vida, adquiere otra esperiencia, y otra aptitud para los negocios: tiene tambien mas perseverancia en el espiritu. A estos respectos, hay sus excepciones; pero se trata de una ley general.

Salvo recurso á la autoridad; por que no se trata de hacer del hombre un tirano, y de reducir al estado pasivo de esclavitud al séxo, que por su debilidad, y su dulzura, tiene mas necesidad de la proteccion de las leyes. Los intereses de las mugeres han sido ya demasiado sacrificados. En la famosa Roma las leyes del matrimonio no eran sino el código de la fuerza, la division del leon. De esta dureza han huido algunos abrazando el extremo opuesto, y lo han errado. Una nocion vaga de justicia, y de generosidad, les ha hecho dar á las mugeres una igualdad absoluta, con que les han tendido un peligroso lazo. Dispensarlas de la necesidad de agradar á sus esposos, seria en un sentido moral, debilitar su imperio en vez de aumentarlo. El hombre naturalmente mas fuerte, asegurado de su

prerogativa, no tiene inquietudes, pues goza de ella aun cediendola; mas si á esta relacion se sostituye una rivalídad de poderes, el orgullo del mas fuerte herido continuamente, hará dė el un antagonista temible, y peligroso siempre al mas debil. El hombre miraria mas á lo que se le quita, que á lo que se le deja, y volveria sus esfuerzos ácia el restablecimiento de su preéminencia.

Segunda condicion: *la administracion será á cargo del hombre solo.* Esta es una consecuencia natural, é inmediata de su imperio. A mas, ordinariamente hablando los bienes se adquieren por su trabajo. Pero no administra el marido del mismo modo todos los bienes. La dote, como que se dá al marido para ayuda de las cargas matrimoniales, la administra como dueño: de los demas bienes de la muger es solo administrador. (1)

Tercera condicion: *el goce de los bienes, el derecho de los aumentos será comun á los dos.* Esta condicion tiene por base el bien de la igualdad. Ella trae la ventaja de dar à las dos

(1) Véanse sobre esto los DD. Asso, y Manuel, tit. 7 lib. 1 de la Inst. de Castilla, y Gomez en las LL. 50 á 53 de Toro.

partes el mismo grado de interes en la prosperidad doméstica ; pero aquel goce es necesariamente modificado por la ley fundamental, que constituye la primera condicion. No es de nuestro instituto dar mas detalles sobre este particular: la naturaleza de los bienes los exîje de parte del legislador : bàstenos decir que todos los bienes superlucrados durante el matrimonio son comunes ; y que disuelto este, se entienden gananciales todos los que se encuentran de la pertenencia de los conyuges, á no ser aquellos, que conste haberse traido por parte de alguno de ellos. Este es un efecto consiguiente á la sociedad del matrimonio.

Cuarta condicion : *la muger observará la fidelidad conyugal.* No hay necesidad de exponer aqui las razones que inducen à colocar el adulterio entre los delitos, para saber que esta es una de las principales condiciones del matrimonio. Ella hace sin duda la primera obligacion de la muger. Ella será recíproca : guardar esa fidelidad corresponde tambien al hombre ; pero el hombre civilmente hablando no puede ser adultero.

CUESTION CUARTA.

¿ A que edad será permitido casarse ?

¡ Cuestion grave ! ¡ cuestion sería ! Tal la ha hecho el *para siempre,* que dejamos sentado en la segunda cuestion. Para prevenir un comprometimiento, cuyo arrepentimiento será inútil, son necesarias muchas precauciones. El derecho no debería tener para este caso època anterior á aquella, en que el individuo puede entrar á la administracion de sus bienes. Digan las leyes lo que quieran á este respecto, fijen los canones à su imitacion la edad en el poder físico del hombre, siempre para mí será un absurdo el que pueda un individuo disponer de sí mismo para siempre á una edad, en que el derecho no le permite disponer de veinte pesos. (1)

CUESTION QUINTA.

¿ Quien deberá hacer la eleccion del esposo ó esposa?

Absurda parece la pregunta : ella pone en duda

(1) La misma objeccion puede hacerse contra los votos religiosos : de ella estamos libres despues que nuestra ley de 21 de Diciembre de 1822 fijó la edad de 25 años para la profesion. Es tambien de esperar fije la competente á los matrimonios. La ley francesa ha corregido ya el absurdo antiguo.

el que tal eleccion pueda hacerse por otro, que el mismo interesado: ¡ojalá nunca se hubiera hecho lo contrario! Nunca sí; porque ni ahora, ni nunca debió ser esa eleccion de otro, que del mismo que va á unirse. Las leyes jamas debieron haber confiado semejante poder á los padres; porque á estos les faltan dos cosas para poder elegir bien; primera: les faltan los conocimientos, que se requieren para una tal eleccion. Segunda: la voluntad, dirigida al verdadero objeto.

La manera de ver, y sentir de los padres, y de los hijos, no es la misma: ellos no tienen un mismo interes. El amor es el que mueve á los jóvenes, y los viejos le hacen poco caso, porque se olvidan de lo que fueron. La fortuna es por lo general una consideracion muy débil para la juventud, cuando ella por lo comun no deja lugar en los viejos á otra alguna consideracion. El hijo quiere ser dichoso, y el padre quiere que lo parezca, siendo rico. El hijo halla, que debe sacrificar todo otro interes al interes de su amor; y el padre halla, que el hijo debe sacrificar el interes de su amor à cualquier otro.

Objeccion: recibir en el seno de una familia un yerno, ó una nuera, que desagrada, es una circunstancia bastante incómoda para los padres.

Esta es una verdad, no la negamos; pero pregunto ¿no es mucho mas incómodo, no es mucho mas cruel para los hijos el privarlos del esposo, ó esposa que haría su dicha? comparémos los disgustos de una y otra parte; ¿hay entre ellos igualdad? Midamos la duracion probable de la carrera del padre, y del hijo; ¿será justo sacrificar la felicidad, que empieza, á la felicidad que acaba? Léjos de nuestras leyes ese derecho de impedir los padres los matrimonios de los hijos. El daría ocasion á que bajo la máscara de padre, se ocultase un tirano desapiado, que abusando de la dulzura, y timidez de una hija la forzase á unir su suerte á un hombre á quien aborrece ¡Quanto hemos visto de esto!

Un prudente medio queda á los padres para hacer, que la eleccion de los hijos dependa de ellos las mas veces. Ellos pueden crear sus inclinaciones. Esto es en parte verdad con respecto á los hijos, y es enteramente cierto respecto de las hijas. Si los padres descuidan el uso de ese poder, sino se aplican á dirigir las inclinaciones de los hijos, si abandonan á la casualidad la eleccion de sus conocimientos, amistades, y conexîones, no tendrán de que quejarse, ni deberán extrañar las imprudencias de la juventud.

Apesar de que la ley debe quitar á los padres ese poder de impedir los matrimonios de los hijos, y asi mismo el de forzarlos á la union, que ellos no elijan: no será bien quitarles el derecho de moderar, y retardar las uniones, à que á veces con imprudencia se arrojan los hijos. Para esto se pueden distinguir dos épocas en la edad juvenil: en la primera la falta de consentimiento de los padres bastará para impedir los matrimonios: en la segunda los trámites consiguientes á su oposicion, haràn una mera bastante á que puedan hacer valer sus consejos. El decreto de 1803 citado en el § 2 de este capítulo proveé por ahora lo bastante á este respecto; nuestra ley sinembargo deberá perfeccionar las disposiciones que el contiene.

CUESTION SESTA.

¿ Cuantos contratantes?

Esta cuestion en términos, no pregunta otra cosa sino si deberà tolerarse la poligamia, ya sea simple, ya sea doble, esto es la multiplicidad de esposos. De esta no hay que hablar: su repugnancia es palpable. Nos contraerémos solo á la primera, reduciendo la duda á si la poligamia de este modo considerada es útil ó

dañosa. Todo lo que se ha podido decir hasta aquí en su favor, es con relacion á ciertos casos particulares, y á circunstancias pasageras: tales son v. g. cuando un hombre por las enfermedades de la muger se halla privado de las dulzuras del matrimonio, ó cuando por su profesion se halla obligado á dividir el tiempo entre dos domicilios.

Puede ser que una tolerancia tal fuese algunas veces conveniente al hombre; ella jamas lo será á las mugeres. Para cada hombre en tal caso favorecido, sería siempre necesario, que dos ó mas mugeres sacrificasen sus intereses, y de aquí es, que el efecto de esta licencia sería el de agravar ô aumenter la desigualdad de las condiciones. Demasiada superioridad tienen ya las riquezas por desgracia de la igualdad, y esa institucion aumentaría aquel mal. Un rico tratando con una niña sin fortuna, se prevalecería de su posicion para tomarse el derecho de darle una rival. Cada una de las mugeres se vería reducida á tener la mitad de un esposo, mientras que ella era toda de él.

La paz de las familias vendría á desaparecer. Los celos de esposas rivales se propagarían entre sus hijos. Ellos formarían dos partidos opuestos, dos pequeños ejércitos teniendo cada uno á su

cabeza una protectora igualmente poderosa, ó que al menos debe serlo por sus derechos. De aquí las riñas, y contestaciones, las animosidades, los encarnizamientos entre hermanos: y de la debilitacion de los nudos fraternales resultaría una debilitacion igual en el respeto final. Cada hijo vería en su padre al protector de su enemigo. Los actos de bondad. y severidad en el padre serían interpretados por prevenciones opuestas, y atribuidos á sentimientos injustos de favor ú odio. La educacion de la juventud sería arruinada en medio de sus pasiones hostíles bajo un sistema de favor, ó de opresion, que corrompería á los uuos por el rigor, y á los otros por la indulgencia. No hay que aducir ejemplos contra estos inconvenientes. Si en los orientales la poligamia subsiste con la paz, es porque la esclavitud previene las discordias. Allí un abuso palia otro. Todo está tranquilo bajo un mismo yugo.

A mas de lo dicho no es dudable, que la poligamia haría para el marido un acrecentamiento de autoridad. De aquí los locos empeños de satisfacerlos. ¡Que placer para una muger el aventajar á su rival en los actos de deber agradar al esposo! Esto sería siempre un mal. Aquellos que teniendo formada una baja opinion de las

mugeres, se imaginan que estas nunca están demasiado sumisas, podrán encontrar algo de bueno en la poligamia; pero aquellos que piensan con razon que el ascendiente de este sêxo es favorable, y conducente á suavizar las costumbres, que el aumenta todos los placeres de la sociedad, que la autoridad dulce, y persuasiva de las mugeres es saludable á las familias, deben encontrar tal institucion por detestable y dañosa.

CUESTION SEPTIMA.

¿ Con que formalidades se contraerá el matrimonio ?

Demasiada sabidas son estas entre nosotros. Ellas tienen de objetos; primero, justificar el hecho del consentimiento libre de los contratantes, y la legitimidad de su union. Segundo; constancia de la celebracion del matrimonio. El primer objeto se logra con la prévia inquisicion de las voluntades practicadas por un funcionario público feeaciente, á lo que llamamos *tomar los dichos;* y con las informaciones que preceden, como tambien con las públicas moniciones ordenadas por el Concilio de Trento. El segundo objeto se logra con la publicidad de la union: ante el párraco, y testigos debe hacerse segun

el mismo concilio: del cargo de aquel es dejar constancia para el por venir. Es necesario á mas de esto imponer á las partes contratantes de los derechos que van á adquirir, y de las obligaciones de que se van á cargar. Tambien es del párraco el desempeño de este acto. Con estas formalidades se huye en mi concepto de dos peligrosos extremos. Ellas hacen una dificultad á las uniones ilegítimas; y ellas no son tan embarazosas, que puedan retraer á los que quieren contraer. Mas la retraerá sin duda el pago de crecidos derechos, de que se halla recargada la pràcticá de estas formalidades. La conveniencia y la justicia gritan por su abolicion. Sus clamores no serán vanos, pues ya los ha tomado en consideracion la Honorable Junta de Representantes.

CAP. IV.

DE LOS HIJOS, Y POTESTAD DE LOS PADRES.

En la division que hicimos del estado civil de las personas, comprendimos el estado de familia, y à el corresponde este capítulo. Los hijos son legítimos ó naturales. Legítimos son los nacidos de justo matrimonio, ó del que se presume tal. Naturales sòn los que no nacen de esta union. Fundados los autores en las leyes traen otras muchas calidades de hijos, tales son los notos, los manceres, los espurios, los incestuosos, y los hijos de clérigos, frailes, ó monjas profesas. A todos estos penan las leyes de diversos modos, negàndoles, lo que ellas mismas conceden, á los que dice hijos naturales. Sobre ello puede verse el capítulo 8 libro 1. de las Instituciones escritas por Asso y Manuel, y lo que dice Gomez en la ley 9 de Toro. Pero digan lo que quieran las leyes y los autores; la razon, la justicia, la sana filosofia enseñan, que debemos separarnos de sus disposiciones y doctrinas: que bajo la

nominacion de hijos naturales debemos comprender à todos los que no son legítimos, y que las leyes deben disponer, y conceder á favor de todos indistintamente lo que disponen y conceden à favor de los que ella llama naturales, aun cuando no puedan ser legitimados.

Las relaciones civíles de padres á hijos, y de hijos á padres deben considerarse respecto de los que sean legítimos. Un padre se considera para un hijo à veces como un amo, y á veces como un tutor. Bajo la primera calidad tiene el derecho de imponer à sus hijos ocupaciones, y de emplear su trabajo à su propia ventaja, hasta que la ley establece su independencia. Este derecho que se dá al padre es una recompensa de los cuidados y de los gastos de la educacion. Es conveniente que à mas del placer que tiene el padre en la educacion del hijo tenga un interes. La ventaja que el padre encuentra en esa educacion, es un bíen para él, y es un bien para su hijo. En calidad de tutor tiene todos los derechos y todas las obligaciones de que hemos hablado en el capítulo segundo. Bajo aquella primera relacion se considera la ventaja del padre, y bajo esta segunda la ventaja del hijo. Ambas calidades se concilian facilmente entre las manos de un padre à causa de la afeccion natural. Ella

lo conduce mas bien á hacer sacrificios por el hijo, que á prevalerse de sus derechos para su propia utilidad.

De aquí parece á primera vista innecesaria la intervencion de la ley entre los padres y los hijos, y que todo podría fiarse á la terneza de aquellos, y al reconocimiento de estos ; pero esta vista superficial sería engañosa : la experiencia ha enseñado que es absolutamente necesario por una parte limitar el poder paternal, y por otra mantener mediante las leyes el respeto filial.

Sírvanos de regla general para este caso la siguiente. *No se debe dar al padre un poder, por cuyo ejercicio pierda el hijo, mas que lo que pueda ganar el padre.* Cuando á este se ha dado à imitacion de los romanos el derecho de impedir al hijo el casarse sin limitacion alguna, no se ha seguido esta regla, y por eso es que en el capítulo anterior coartamos ese poder.

En opuestos extremos han caido los escritores políticos al tratar de la potestad paternal. Los unos han querido hacerla despótica, como era entre los romanos : los otros han querido anonadarla. Algunos han pensado, y dicho que lós jóvenes no deben ser entregados al capricho, y

á la ignorancia de sus padres, sino que el Estado debería encargarse absolutamente de su educacion. Traen en apoyo de este sistema las leyes de Esparta, de Creta, y antigua Persia; pero se olvídan de que esto solo podia tener lugar respecto de una pequeña porcion de jóvenes, mediante á que en Esparta, Creta y Persia la masa comun del pueblo era compuesta de esclavos.

En ese sistema, á mas de la dificultad de repartir los costos, habría la de hacer soportable á los padres una carga cuando ya no gozarían de los servicios del hijo, ni tendrían ácia él los motivos de terneza, pues debian considerarlos como extraños. Aun habría otro inconveniente mayor, tal es el que los educados no fuesen formados desde el principio para la diversidad de condiciones que, segun mil circunstancias, son llamados á llenar. Son tan varias las de que depende la eleccion de un estado, que solo los padres pueden bien determinarlas. Cualquier otro que ellos no sea, jamas podrá juzgar bien ni de las conveniencias, ni de las esperanzas, ni de los talentos é inclinaciones de los jóvenes educandos. Mas aquel plan que para nada cuenta con las afecciones recíprocas de padres é hijos, tendría el mas funesto de todos los efectos: el destruiría el espíritu de familia: el debilitaría las ligaduras

de la union conyugal; y el privaría á los padres, y madres de los dulces placeres, que sacan de una nueva generacion que crece á su alrededor. Los padres no se ocuparían del bien estar futuro de unos hijos, que ya no serían su propiedad. Ellos no tendrían ácia los hijos aquellos sentimientos, no esperando recibirlos iguales. La industria del padre no tendria el mismo ardor, que tendría animada por el aguijon del amor paternal. En suma los goces domésticos tomarìan un curso menos ventajoso á la prosperidad general.

Por última razon debe añadirse, que dejando la eleccion, el modo, y el peso de la educacion á los padres, el arreglo natural puede compararse à un tejido de experiencias que tienen por objeto perfeccionar el sistema general. Todo se adelanta y desenvuelve por esa emulacion de los individuos, por esa diferencia de ideas y de talentos, en una palabra por la variedad de impulsos particulares, y de individuales aptitudes; pero si todo se hace una masa comun, si la enseñanza toma en todas partes el caracter de la autoridad legal, ello será un modo de perpetuar los horrores, y de que no haya progresos. Esta nocion platónica, este invento de algunos filósofos ha seducido en nuestros dias, à algunos hombres célebres á la verdad, y un error que

arrastró á Rousseau y á Helvecio podrá aun tener muchos secuaces.

Al señorío de tutela de que hemos hablado llamamos *patria potestad*: ella propiamente consiste en un dominio económico, que tiene el padre sobre el hijo legítimo. De aquí nace que el padre debe alimentar, y educar al hijo, que tenga en su poder: que puede y debe castigarlo moderadamente, que debe encaminarlo y aconsejarlo en su provecho: que debe administrar así en juicio, como fuera de él los bienes de su hijo, teniendo por ello su usufructo. Las leyes dan al padre á mas la propiedad de ciertos bienes del hijo, que llama profecticios; pero sino concedemos al padre aquel absoluto y duro poder que concedian las leyes romanas, tampoco debemos conceder la propiedad de estos bienes. Es á mas obligacion del padre defender al hijo en juicio si es reo, y hacer por él si es actor; y aunque por las leyes pueda el juez compeler al hijo, ya emancipado, si es vago, y mal entretenido á que vuelva al poder del padre, creo no debe así ser entre nosotros, porque en tal caso está el hombre inmediatamente bajo la pública autoridad.

De cuatro modos puede adquirirse la patria

potestad. Primero, por legítimo matrimonio. Segundo: por sentencia que declare ser hijo legítimo aquel de quien esto se dudaba. Tercero, cuando el hijo emancipado por gracia del padre delinque contra él ingratamente. Cuarto, por la adopcion.

De lo primero se sigue, que solo los hijos legítimos ó legitimados, están bajo la patria potestad: que no lo están todos aquellos que hemos comprendido en el rol de hijos naturales. De lo segundo debemos decir lo mismo. De lo tercero como que es un consiguiente, pues el delito del hijo lo hace indigno de la gracia, y con razon el derecho le priva de la emancipacion, y le vuelve á sugetar al poder paterno.

Tambien por la adopcion se adquiere el derecho de patria potestad. Esta adopcion no es otra cosa que una manera de hacer hijos propios, los que realmente no lo son. La adopcion es de dos modos, porque ó bien se adopta los que no están bajo otro poder, ó bien los que están bajo la potestad patria de otros. Para que valga la adopcion es necesario el consentimiento del que ha de ser adoptado, con la diferencia de que si es adoptado el que es *sui juris*, se requiere el consentimiento expreso; pero para adoptarse el que

está bajo la potestad de otro, basta su consentimiento tácito. La primera adopcion necesita la autoridad suprema, y entonces se llama abrogacion: la segunda solo requiere el otorgamiento del juez, y es la que verdaderamente se dice adopcion.

La adopcion debe imitar siempre á la naturaleza. El que atendida esta no puede ser padre de aquel, á quien ha de adoptar, no puede adoptarlo. De aquí es, que no puede hacerlo el que tiene una imposibilidad física, no proveniente de enfermedad ú de otra desgracia, como tampoco aquel, que no tiene una mayoridad competente respecto del prohijado. La muger no puede adoptar, á no ser en el caso de que haya perdido el hijo en el servicio de la Patria; pero esta adopcion nunca tendrá por efecto la potestad patria, que no puede recaer en la muger. Como la adopcion necesita el consentimiento tácito ó expreso del adoptado se sigue, que el jóven menor de siete años siendo huérfano, no puede ser adoptado, como ni tampoco el mayor de siete años hasta catorce, sin un perfecto conocimiento de las ventajas, que han de venirle, y el otorgamiento de la autoridad suprema. En cuyo caso se requiere á mas, que él que hace la prohijacion asegure la devolucion de los bienes del

adoptado á sus sucesores, caso de morir antes de los catorce años.

El tutor no puede prohijar á su pupilo, ni el curador al menor, á no ser despues que hayan salido de la minoridad. La patria potestad, se acaba por la muerte natural, por la proscripcion, por la dignidad del hijo, y por la emancipacion. En cuanto á la dignidad del hijo bastante á sacarlo de la patria potestad, deberá ser toda aquella que tenga anexa alguna jurisdiccion, y toda dignidad eclesiástica. La emancipacion se hace como antes se ha dicho ; y á mas de derecho por el casamiento del hijo, y aunque la ley que lo dispone, exîge la velacion, no es en mi concepto de necesidad. Cuando el padre castiga con crueldad al hijo, cuando lo prostituye, cuando retiene lo que ha recibido por la emancipacion, cuando mal barata los bienes del que adoptó ; el juez es por derecho autorizado para obligarle á la emancipacion.

PARTE SEGUNDA.

DE LAS COSAS.

Si hemos ocupado la primera parte de nuestra carrera en las *personas*, por ser ellas el primer objeto del derecho, el órden pide, que dediquemos esta á las *cosas*, como que hacen su segundo objeto.

La generalidad del comercio entre tan varias naciones ; los diversos modos de hacerlo, que la conveniencia ha inventado ; el valor dado á cada cosa en proporcion del provecho, que pueda sacarse de ella ; la uniformidad de las necesidades, que el mutuo trato ha creado en hombres de diversos países ; la reduccion de principios á lo pràctico, son causas, que en mi concepto, han debido borrar de las páginas las metafísicas defi-

niciones, y sutiles distinciones, con que los juris consultos las llenaron, al querer dar à esta palabra *cosa* su verdadero significado. Dejemos á sus sectarios el disputar sobre ello. La palabra *cosa,* tomada como objeto del derecho, significa *todo aquello que no siendo persona, ni accion, puede servir de provecho, ó ser de alguna utilidad* al hombre,

CAP. I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

Cosas de derecho divino, *cosas* de derecho humano. Eh aquí la division general, cuyo origen se confunde con el del paganismo. Ella es con la que todos los códigos encabezan este tratado. Al primer extremo dan las cosas *sagradas*, *religiosas*, y *santas*. Al segundo las cosas comunes, las públicas, las de universidad, las particulares de cada uno. Las cosas sagradas religiosas y santas no están en dominio de ninguno. Ellas no pueden venderse, ni de modo alguno enagenarse; porque estando fuera del comercio humano, son invalorables.

Cosas sagradas son las que publicamente son consagradas á Dios, como las iglesias, los altares, los vasos, las vestiduras &c. *Religiosas*, son los lugares en que está sepultado un cadaver. *Cosas santas*, las que son inmunes por alguna sancion, como las murallas, las puertas de la ciudad. La consagracion de las primeras ha de ser segun los

ritos de la iglesia: de ello hablan los canonistas: ha de intervenir la autoridad pública; ningun particular puede constituir cosa sagrada. Alcibiades para su destierro, y Socrates para tomar la cicuta fueron acusados de este delito. La cosa sagrada sale por la consagracion del dominio de los hombres, y se hace irrevocablemente de Dios; (1) por manera dicen, que el lugar donde estuvo un templo, aun despues de destruido el edificio queda sagrado; pero deja de serlo si los enemigos toman la ciudad en que se halla.

Lugares religiosos son los sepulcros; y aunque tambien son cosas de derecho divino, que no están en el dominio de alguno, se distinguen de las cosas sagradas, en que para aquellas se necesitaba la pública autoridad, y para estas no. El hecho solo de enterrar un cadaver en terreno propio, hacía religioso aquel terreno, y lo sacaba del comercio humano.

Las cosas santas son tambien fuera de nuestro

(1) En esto se fundó el tributo P. Clodio cuando propuso la ley para que las casas de Ciceron se consagrasen à Minerva. El tributo quería que su enemigo desterrado perdiese la esperanza de recuperar sus casas, aun cuando volviese del destierro.

dominio: convienen con las sagradas en esto, y en que no pueden constituirse sin la pública autoridad: pero se diferencian en que son de derecho divino tan solo en cierto modo, dice Justiniano.

Esto es lo que enseñan los derechos civil y canónico. Los códigos todos son conformes á este respecto: no hay diferencia entre los antiguos y modernos. Los jurisconsultos no se han desviado de ellos. Cuanto queda dicho sobre las cosas de derecho divino, se ha trasladado desde la mas remota antiguedad hasta nuestros dias. A pesar de ser así, yo no me creo en la obligacion de seguir esas huellas. La razon, y no la autoridad de los hombres debe dirigirnos. Los emperadores cristianos, los jurisconsultos, y aun los canonistas no se han desdeñado de imitar en este punto á los gentiles, de tomar sus fábulas por fundamento de las leyes, y de mezclar aquellas con la religion. Nosotros debemos abochornarnos de hacerlo, y huyendo ser objeto de la justa crítica, (1) mudar de rumbo. De otro

(1) El jurisconsulto Kaestner ha escrito sobre el particular una elegante disertacion, que tituló de *jurisprudentia paganizante*, y en ella ha demostrado la ridícula ingerencia de las supersticiones paganicas en las disposiciones del derecho.

modo no podrémos dar ideas cabales de las cosas sobre que tratamos.

Yo aun no he podido formar una verdadera idea de lo que se quiere significar por estas palabras *cosas de derechos divinos*: ni los juristas, ni los canonistas la dan: nada dicen cuando queriendo explicar su concepto, afirman que esas cosas entran en el dominio de Dios: porque *son de Dios*, dice la ley española, pero yo no encuentro cosa, que no sea del divino autór de todas. Si el dominio es el derecho de disponer de la cosa segun la voluntad; ¿ cual es aquello de que Dios no puede disponer?

De aquí deducen, que las cosas de derecho divino, las sagradas, religiosas, y santas, no están en el dominio de ninguno: que de ningun modo pueden enagenarse; porque estando fuera del comercio humano, no puede regularse su valor. A pesar de ello en las leyes que tal disponen, se vé que los muros, y puertas de la ciudad están en el dominio de la república; y sostienen tambien que para ciertos fines pueden venderse las cosas sagradas. Esta contradiccion de principios no es de estrañarse En ella caeremos siempre que no nos guie la razon. Lo que se dice que inspiró Egeria á Numa, se trasladó á los primeros

códigos, de ellos lo copió Justiniano, de Justiniano el rey Alfonso, y todos.

Siendo tal la fuente, de que han emanado esas disposiciones, adoptadas como principios; habiéndose estampado algunas de ellas en los códigos así civil, como canónico del mismo modo que salieron de su origen, ellas han de ido quedar mezcladas con la supersticion, y la fábula. La propension de los romanos resalta en sus códigos: para encontrar la razon de muchas de sus disposiciones, es necesario ocurrir á la mithologia, y esto no es decente à un jurista cristiano. Sean enhorabuena un primor del arte los bajos relieves en que aparecen aun las metamorfosis, que cantó Ovidio; pero no son un adorno que corresponde á la portada de la iglesia de San Pedro en Roma, donde se ven colocados.

Dijimos antes que segun aquellas disposiciones un templo deja de ser lugar sagrado, si los enemigos toman la ciudad en que se halla. La ley del digesto que tal determina està fundada, en que los enemigos no podian tomar una ciudad, mientras en ella se mantenian sus Dioses tutelares: fingian pues los gentiles, que cuando tal llegara á verificarse, era porque los Dioses habian desamparado aquel domicilio; en cuyo

caso nada quedaba sagrado. Aquella ley del digesto se halla trasladada al código de partidas sin mas diferencia, que contraerse al caso, en que la iglesia es ocupada por los enemigos de la fé. ¿Diremos tambien que se ausenta entonces el verdadero Dios? Nosotros no impugnaremos estas disposiciones; las encontraremos fundadas en razon, al explicar nuestra opinion sobre este punto.

De derecho divino son tambien los sepulcros. El origen de ello es otra fábula. Como en concepto de muchas sectas paganas las almas de los difuntos quedaban habitando en el lugar del sepulcro; á ellas eran dedicados aquellos sitios, que se hacian exemptos del dominio humano, como consagrados á los Dioses infernales, para que no hiciesen mal á aquellas almas. parece que una ley de partida sigue esta supersticion cuando al referir las razones, que los santos padres tubieron para que los sepulcros de los cristianos estubiesen cerca de las iglesias, pone entre ellas la de que los diablos no se acercan allí como á los otros lugares. A pesar de que esta ley manifiesta los temores de que los diablos hagan mal á las ánimas de los difuntos, existentes en los enterratorios, otra del mismo código, dice que no es lugar religioso en el que

se entierran aquellos á quienes hubiesén justiciado por algun mal hecho. ¿Qué se harán los manes de estos? Creér que en los campos santos, ó cementerios exîsten las almas, que animaron à los cuerpos soterrados allí, son papar-ruchas, que ni para hacer cuco á los niños deben servir hoy.

. . . .

Cosas santas, como los muros, y las puertas de la ciudad, son tambien en cierto modo de derecho divino, de consiguiente no están en nuestro domínio, ni pueden ser contadas entre nuestros bienes. Que se tolere la voz *santas* con que quieren explicar la inviolabilidad de esas cosas, pase; pero que sean *juris divini, et nullius*, como quieren Justiniano, y el legislador de las partidas, todo cristiano debe abochornarse de sentarlo, y aun de creerlo. Hacian pertenecer esas cosas en cierto modo al derecho divino, porque ellas eran dedicadas á Hércules, ó á Castor, y Polux, ó algun otro semi-dios: esta dedicacion las sacaba del dominio de los hombres, y venian por ella á ser *nullius*.

. . . .

Alejemos de nuestra jurisprudencia toda superstición. Nunca pueden las ficciones ser principios de una ciencia pràctica. A esas cosas sagradas, religiosas, y santas daremos en esta

capítulo el lugar que verdaderamente les corresponde; y sin necesidad de la mitologia, sin parecer paganos, encontraremos las razones de esas calidades, que prácticamente las constituyen tales, y las hacen diferentes de las demas cosas. Olvidemonos de aquella primera division, cosas de *derecho divino, cosas de derecho humano,* y no temamos hacer frente á la autoridad de los siglos.

Dijimos, que el segundo objeto del derecho son las cosas, y que estas son todo aquello, que no siendo persona, ni accion, puede sernos de provecho. Las cosas unas son comunes, otras públicas, y otras de los particulares. Las primeras son aquellas, cuyo uso es comun á todos los hombres, y la propiedad de ninguno: tales son el aire, la luz, el agua corriente, el mar, y sus riveras. La absoluta necesidad que de estas cosas tiene el género humano, su extension, su magnitud, é inacababilidad, hacen que sea comun su uso, y que no sean de la propiedad de ninguno, ó lo que es lo mismo, que sean de la propiedad de todos, sin que pierdan esta calidad. Primero: por el hecho de que alguno separadamente pueda hacerse dueño exclusivo de una parte de estas cosas por su ocupacion. Segundo: porque su uso pueda regla-

mentarse, sugetándolo á providencias que la naturaleza de las cosas, y el órden general exîjen. Las naciones prescriben leyes á la navegacion; castigan á los piratas, ejercen, digamoslo asi, cierto imperio en la mar, que con razon distinguen los jurisconsultos del dominio, que les niegan en la misma mar; pero de ello hablará el tratado de derecho de gentes.

Cosas públicas son aquellas, cuyo uso ó provecho es comun á todos los de un estado, república, ó reino, y su propiedad es del estado, ó de la república. Tales son los rios, los puertos, las riveras, &c. Aunque el uso de estas corresponde propiamente á los individuos de un estado; puede por derecho de gentes usar de ellas todo hombre, pues á ningun extrangero se le prohiben. Dije cuyo uso ó *provecho* por que aunque todas las cosas públicas son en pro, y utilidad de los individuos, hay algunas de que no puede el individuo usar particularmente: tales son las minas, las tierras, las rentas del estado, y todo aquello que en cierto modo constituye su patrimonio, del que verdaderamente todos se aprovechan, pero ninguno usa, á no ser que por algun suceso legal le corresponda. Esta clasificacion arranca de la naturaleza de las mismas cosas, porque siendo imposible una

division cómada de ellas entre todos, é imposible tambien un igual uso, la conveniencia ha dictado, que el respectivo poder las destine en utilidad comun.

Con este patrimonio se desempeñan las obligaciones del estado. se asegura su independencia, su libertad, su defensa exterior, su interior tranquilidad &c. Asi vemos destinados esos fondos al pago de los que sirven al estado en todos los ramos: al sosten del culto, y sus ministros, à la educacion, y beneficencia pública, á la construccion de obras necesarias, y de útilidad, como á la formacion de nuevas ciudades, puertos, canales &c. Los mismos asociados por medio de sus representantes, destinan los fondos à estos objetos, y el poder ejecutivo los administra, y aplica. Las cantidades que al concluir el año libra la representacion de la provincia á disposicion del gobierno para los gastos del siguiente, segun el presupuesto, que de ellos se forma, dan una prueba de la práctica de aquellos principios en nuestro estado, y la dan tambien de la sabiduría de una administracion, que lejos de estagnar en las arcas del erario las cuotas con que todos contribuimos, las hace salir inmediatamente à la circulacion general, para que vuelvan á nuestras manos,

Hemos dicho que una de las obligaciones del estado es el sosten del culto. Esta se desempeña con la construccion y reparacion de los templos, de los altares, de los vasos sagrados, de las vestiduras, y de todo lo necesario para el servicio de los actos religiosos, educacion y mantencion de los ministros; pero aquellas cosas no dejan de ser de la propiedad del estado. No hay un principio para que tal sea, ni una necesidad de que tal deba ser. Mientras estas cosas están dedicadas al culto, solo al culto sirven: no puede variarse el objeto de su destino: deben mantenerse en él, si la necesidad de su renovacion, refaccion, ú otra justa causa no las saca de ese servicio. Hay entre esas cosas diferiencia, porque no todas sirven de un mismo modo: unas son consagradas, otras solo benditas: sobre lo que, y las solemnidades de tales actos puede el curioso ver á los canonistas, y rubriquistas: mas ó menos unas, y otras son dignas de nuestro respeto. Cesando el destino de tales cosas, cesa su calidad, y quedan como las demas cosas públicas, aplicables à cualquiera de los objetos de que antes hemos hablado. De aquí se sigue que destruido un templo deja de ser sagrado el lugar en que estaba construido, porque se acaba el objeto á que fue destinado, viniendole por la misma razon el cese de su calidad, si él es ocu-

pádo por los enemigos de la religion, como se dijo en el caso de la ley de partida antes citada. Si durante el destino de las cosas, y por razon de él se les llama sagradas, sea en horabuena; pero ellas no pierden la calidad de públicas: su propiedad está en el estado, su provecho es para todos los individuos, que lo componen.

Tambien son propiedad del estado los cementerios, y su provecho de todos. Desde que los hombres empezaron á formar sociedades conocieron la necesidad de procurarse cada uno durante su vida el modo de no ser gravoso à sus semejantes despues de ella. La historia de todos los pueblos, nos enseña al hombre afanado, cual en hacer propio un terreno para ser sepultado, cual en aglomerar los combustibles para su pira. Esta obligacion de cada individuo la ha tomado sobre sí el estado: él la desempeña por todos. De los terrenos de su patrimonio designa el gobierno los que han de servir á este objeto y como que es uno de los de pública salubridad forma los reglamentos conducentes á su logro. Los lugares que se destinan quedan libres de todo otro uso, y por eso se llaman religiosos, ó relinquiosos. A su dedicacion concurre la autoridad eclesiástica, que los bendice. Las leyes deben hacer respetar estos lugares, no porque

sean de derecho divino, como se ha pretendido, sino porque ellos nos recuerdan á nuestros antepasados, y porque asi conviene á la salubridad. Nada parece mas de derecho humano, que el lugar de las humaciones.

Los antiguos ingieren en esta division una otra clase de cosas, à que llaman cosas de universidad; diciendo ser aquellas, cuyo uso es comun à los individuos de un pueblo, villa, ó ciudad, y la propiedad es del pueblo. Tales son las plazas, los teatros &c. Esta clasificacion la tomaron los jurisconsultos de la division que hacian los Stoicos del Universo. Estas universidades constituian las minímas repúblicas de aquellos filósofos. Nosotros hemos conocido esta division bajo los nombres de bienes de propios, bienes de comunidad, bienes municipales; y las leyes que hasta hoy nos han regido ajustan á ella sus disposiciones. Esta voz municipales indica bien claro el orígen de esta division. Habia ciertas ciudades, que aunque unidas á Roma, no estaban sujetas á la república ni eran obligadas à sus leyes. Sus individuos eran en cierto modo ciudadanos romanos; pero no gozaban del optimo derecho de tales, mientras no se domiciliaban en Roma. Ayudaban á la república en sus guerras, y eran *participes de*

los despojos militares, y esto les dió el nombre de *municipales*. Aunque no estaban sujetos á las leyes de la república, como se ha dicho, ellos las imitaban, en cuanto podian: á ejemplo de Roma tenian su pequeño senado y sus cónsules, que llamaban *Duumbiros*: como el estado de la república tenia su tesoro público, ellas tenian su tesoró municipal, cuyo uso, ó provecho era comun á todos los individuos de la ciudad, y la propiedad de la ciudad misma.

Aquí tenemos el original de los cabildos que hemos conocido, de sus cosas de universidad, ó bienes municipales. Todo ello ha debido cesar muchos siglos ha, como cesó en Alemania. El origen de ello lo está indicando: en ciudades gobernadas por unas mismas leyes, por una misma autoridad no puede haber esas universidades ó municipalidades; la uniformidad propia de toda buena administracion lo repugna. Debemos creer que nuestra Ley de 24 de Diciembre de 1821 se fundó en estos principios, y por lo mismo debemos esperar, que jamas la Representacion de la Provincia crea oportuno establecer la ley general de municipalidades; á no ser que bajo tal nombre trate de los casos, en que el uso de algunas cosas de la propiedad del Estado, corresponda con especialidad á los individuos de

alguna ciudad ó villa, ya por observar la igualdad, ya para el logro de otro de los fines de la ley.

Desconociendo pues aquella mínima república de los Stoicos, desconocemos tambien sus cosas; esto es, aquellas cosas de propieded de una ciudad, villa, ó colegio, y las reducimos á cosas públicas, cuyo uso puede con especialidad corresponder á alguna comunidad, como puede exclusivamente corresponder á un individuo particular por algun suceso legal, segun dijimos antes.

Cosas de particulares son aquellas que forman el patrimonio de cada individuo. Su uso, su propiedad, y todo es del particular. Los antiguos dividieron estas cosas privadas en preciosas, y no preciosas. Las primeras no podian ser enagenadas sino con ciertas formas, y solo podian caer bajo el dominio de los caballeros romanos, (*res mancipi*): tales eran los esclavos, los ganados de carga y tiro, las piedras preciosas, y otras cosas que decian corresponder al *dominio quiritario*. Las demas correspondian al *dominio bonitario*, no necesitaban tantas formalidades para enagenarse, (*res necmancipi*) y podian caer en el dominio de cualquiera persona. Aun á las cosas extendieron los romanos su aristocracia. No es extraño: en muchos pueblos

de Europa, que se glorian de ser libres, y cuya ilustracion aplaudimos con justicia, vemos hasta hoy practicada esa distincion. Sírvanos esto para no ignorar el origen de unos abusos, de que debemos huir.

Divídense tambien las cosas en corporales é incorporales: por estas se entienden los derechos, que en verdad, y atendido el significado que hemos dado á la voz cosa, no deben llamarse tales. Pero los derechos tienen un valor real, aumentan nuestra riqueza, y se cuentan en nuestros bienes, como se verá mas adelante. Las cosas corporales se dividen en muebles, y estables. Muebles son las que se mueven por sí, como los animales, ó que pueden moverse por otro trasladándolas del lugar en que se hallan, sin que se altere su forma. Cosas estables son aquellas, que no pueden moverse quedando como eran, tal es un campo, una casa, y las cosas que la integran, como una ventana, una viga.

CAP. II.

DE LA PROPIEDAD.

Las disputas sobre palabras han quitado á los hombres mucho tiempo. Lo que han escrito los juristas sobre el significado de la palabra, *dominio* y la palabra *propiedad*, y sobre si hay alguna diferencia entre uno, y otro, puede fomar muchos volumenes. Nosotros no debemos perder el tiempo en cuestiones inutiles. Es una verdad, que en nuestro comun modo de hablar se usa promiscuamente de la palabra dominio, ó propiedad : lo mismo sucede á otras naciones. Esto nos basta. Propiedad, y dominio es para nosotros una misma cosa. Lo mismo es dueño, que propietario.

Dijimos en el tratado preparatorio que la propiedad es la esperanza fundada en la persuacion de poder sacar alguna ventaja de la cosa segun su naturaleza. Este fundamento lo da la ley, que asegura poder cada uno gozar tal, ó tal porcion de bienes, sin recibir, ni temer ataque alguno contra la esperanza. No pudiendo el

individuo disponer de la cosa segun su justo querer; no pudiendo percibir toda la utilidad, que es capaz de producir; no pudiendo excluir á otros de su uso, su esperanza se vería engañada á cada paso; pero la ley respeta, y hace respetar las esperanzas, que ella misma ha creado.

Cuando el individuo reune los poderios de disponer, y de percibir, la propiedad es completa: cuando ellos están divididos, es incompleta. Esta es la division en dominio pleno, y menos pleno, que se encuentra en los expositores. En el segundo caso, esto és, cuando los poderios están separados, la ventaja de poder disponer, es la propiedad directa, ó mas bien dicho, originaria; y la ventaja de poder utilizar es la propiedad útil: este es el dominio útil, y directo, de que tanto uso hacen cuando tratan del enfiteusis.

La propiedad de las cosas es tan útil, y necesaria, que ella religiosamente garantida, es la que produce la tranquilidad, y sosiego del hombre: ella hace progresar las ciencias, y las artes, y forma la prosperidad de los individuos, y la de la sociedad. Su primitivo fundamento es el trabajo del hombre, que añade á las cosas un

valor particular, ó una calidad que no recibieron de la naturaleza. Todas las cosas que pueden ser conservadas, aumentadas, multiplicadas, trasmutadas á nuevo ser, y forma, mejoradas por el hombre, ó al contrario, son objeto de la propiedad. En todas ellas puede recaer el *tuyo, y mio*, que quitando la confusion de las cosas, y separando los bienes, pone á los hombres en paz, y contribuye á la perfeccion física, y moral de sus facultades. Este sagrado é inviolable don de la ley, jamas debe ser atropellado, ni usurpado. El pretesto de bien general, ó comun, con el dorado de indemnizacion, no debe bastar à dejar frustradas las esperanzas, que la ley ha hecho nacer en el propietario. No contrariándolas, hará el legislador lo que debe para la felicidad de la sociedad: si se opone á ellas, hará producir un mal, proporcionado á su oposicion. . . . . . .

CAP. III.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Hemos tratado de las cosas, y considerado la riqueza en masa: hemos visto que es la propiedad, sus ventajas, y las razones que deben decidir al legislador á sancionarla; es menester ahora descender à los detalles, y buscar los principios, que deben regir la distribucion de los bienes, en las épocas en que ellos se presentan á la ley para ser apropiados á este, ó al otro individuo.

Hay modos de adquirir la propiedad, autorizados por todas las naciones, y hay otros autorizados por las leyes de cada una. Aquellos se dicen modos de adquirir por derecho de gentes, y estos por derecho civil. Los primeros son *originarios ó derivativos*. Originarios cuando las cosas que adquirimos eran en propiedad de ninguno: tales son la *ocupacion*, la *accesion*. Derivativos cuando la propiedad adquirida era de otro: tal es la *tradicion*. Por los modos

originarios, ó se adquiere la cosa en su substancia, como cuando se ocupa; ó recibe cierto aumento en nuestro poder, y esto se llama accesion.

La *ocupacion, es la aprension que se hace de las cosas corporales, que no son de otro, con ánimo de retenerlas para si:* por cosas que no son de otro, se entienden aquellas, que por su naturaleza no son de la propiedad de alguno; ó que de serlo fueron desamparadas por el propietario de modo que no fuesen suyas en adelante. Nada hay mas natural dice una ley, que concederse la propiedad de la cosa al primero que la ocupa; y nada hay mas útil digo yo. La *ocupacion originaria* se reputa con razon el fundamento primitivo de la propiedad. Lo primero, porque asi se ahorra el temor de la esperanza engañada: ella sería una pena, que sentíria el hombre al verse privado de una cosa, que entró en su poder antes, que en el de otro alguno. Lo segundo, porque asi se previenen las contestaciones, los disgustos, los combates que podrian ocurrir entre el primer ocupador, y los que pretendiesen ocupar despues. Lo tercero, porque de ello nacen gozes, que de otro modo no exîstirian: todo lo que el hombre no pudiese consumir al instante, sería para el de

ningun valor, y temblando siempre de temor de perderlo, no se atreveria á gozarlo por no traicionarse asi mismo. Lo cuarto, porque el bien que se asegura al ocupador en recompensa, es un estímulo para la industria de los otros, que aspirarán á iguales bienes; y la riqueza general, resulta de esas adquisiciones individuales. Lo quinto, porque no siendo asi, las cosas criadas para la utilidad de la especie humana, quedarian por patrimonio del mas fuerte. El debil estaria siempre en una opresion continua.

Estas razones se han presentado en todos tiempos al espíritu de todos los hombres; pero ellos no han hecho mas que entreverlas confusamente, y sentirlas como por instinto. Para expresarlas se han valido del *la razon lo dicta, la equidad lo pide, la justicia lo exije*. Voces, que repitiéndose por todos, por nadie han sido explicadas: voces que si han exprimido un sentimiento general de aprobacion, no han podido hacer ostensible un nuevo apoyo al principio de utilidad, cual demuestran hoy las razones, que dejamos sentadas.

La ocupacion se hace por la *caza*, por la *guerra*, ó por el *hallazgo*. En la voz caza se comprende no solo la de bestias salvages, y

aves, como se entiende vulgarmente, sino tambien la de peces. Sobre esta especie de ocupacion hay primero: que las bestias salvages, las aves, y pescados, luego de cogidos, son del que los cogió. Segundo: que pueden cogerse hasta en la heredad agena, á no ser que el propietario de ella lo prohiba, ó niegue la entrada. Tercero: que no basta herir al animal, es menester cogerlo. Cuarto: que las bestias salvages, aunque domesticadas, si huyen, y pierden la costumbre de volver, se hacen del primero que las toma; lo mismo que las avejas, si dejan el colmenar de modo, que el dueño ya no las vea, ni le sea fácil volver á aprenderlas. Quinto: los animales mansos, y amansados no se hacen del que los caza.

La libertad de cazar, y pescar es á veces coartado por la ley: pero el legislador debe tener mucho cuidado en estas coartaciones: ellas pueden ser tan perjudiciales, como la libertad absoluta. En los paises vastos como el nuestro, que no están poblados en proporcion de su extension, donde las tierras valdías forman considerables espacios, el derecho de la caza debe ejercerse sin límites; porque entonces las especies que hacen su objeto, no es fàcil que se aniquilen, ni que se desminuyan de una manera

sensible. El cazador entre nosotros es algo mas que un rival de las bestias carniceras, y de las aves de rapiña; el extiende el fondo de la subsistencia sin incomodar á nadie.

En los paises muy poblados, donde la agricultura ha hecho grandes progresos, donde las mas de las tierras han recibido el sello de la propiedad, donde son pequeños los valdíos, hay fuertes razones para que el legislador limite la libertad de la caza. En ellos la destruccion de los animales que hacen su objeto, puede ser mayor, que su reproduccion. Supóngase que entre nosotros de disminuyera tanto la especie de las perdices, que fuese necesario al cazador para conseguir una, el mismo trabajo con que hoy consigue ciento: las perdices encarecerian un centuplo: el cazador nada perderia; pero su ejercicio no daría á la sociedad en valor, sino la centísima parte de lo que antes daba. Mas claro; el placer de comer perdices en ese caso se reduciría à la centísima parte de lo que es en el dia.

Hemos dicho, que habrá razones para que el legislador limite la libertad de la caza: esto puede hacerse señalando las épocas, las especies sobre que puede ejercitarse, y aun los lugares;

y distancias. La prohibicion absoluta será siempre violenta. Uno de los estados en que se considera al hombre es el de cazador, subsistiendo de la presa. La caza sin ser mas productiva que otros trabajos tiene desgraciadamente mas atractivos Por ella se combina la diversion con el trabajo, la ociosidad con el ejercicio, y el peligro con la gloria. Ella es una profesion que alaga los gustos del hombre; gustos que el legislador debe mirarse mucho para contrariar.

La guerra es por derecho de gentes otro de los medios de ocupacion. Apesar de los esfuerzos que ha hecho Puffendorf en obsequio de este modo de adquirir, él no es seguido por los escritores del siglo. Habrá razones que aducir para demostrar la conveniencia de que un estado se apropie por medio de la guerra los bienes correspondientes al estado enemigo; pero entre los individuos jamas hay guerra. La ocupacion de los bienes de los particulares, y la reprobable piratería son una misma cosa. Sobre este punto el derecho de gentes ha recibido, y recibe continuas variaciones, como se verá en quien de ello trate especialmente.

La tercer especie de ocupacion es la invencion, ó el hallazgo: las perlas, el aljofar, el oro, las

piedras preciosas que se encuentran en la orilla del mar, son del primero que las ocupa, y tambien lo son las monedas que se arrojan al público en las aclamaciones, y otras fiestas. El tesoro que encuentro en mi terreno, si lo ocupo, me corresponde por invencion, y por accesion: si lo encuentro casualmente en lugar de otro, será mia la mitad por la invencion, y del dueño del terreno la otra mitad por accesion: lo que por trabajo, ó industria encuentro en terreno de otro, es del dueño del terreno.

El otro modo originario de adquirir, es la accesion: por ella es nuestro el aumento, que recibe la cosa. La accesion puede ser natural ó industrial. Natural, como el parto de los animales, los productos naturales del terreno, la acrecencia que los rios causan poco á poco en la heredad, la mutacion de las corrientes de los mismos. Si la ley concediera á otro el parto del animal, que es mio, me privaría de la recompensa que me asegura la propiedad: habría para mi una pérdida, en el engaño de mi esperanza, y habría para el otro una pura ganancia. Ni la seguridad, ni la igualdad pueden tolerar esto. A mas, desde que la ley hiciera aquella concesion, sería un interes mio prevenir la multiplicacion de aquella especie, en detri-

mento de la riqueza general. He aquí las razones de conveniencia en que se funda el principio: *el parto sigue al vientre,* otras daban los Stoicos, que sería largo explanar. Por las mismas razones es dueño de los frutos naturales de un terreno el dueño de él: su propiedad se extiende á todo lo que el terreno puede producir; porque lo que puede producir, entra en los constitutivos de su valor.

La acrecencia de la heredad, que causa el curso de los rios, se hace del propietario y aumenta su heredad. A esta acrecencia llaman *aluvion.* A las razones dadas, se une para esta especie de adquisicion la colocacion del terreno: nadie sino el dueño de él puede aprovecharse con menos incomodidad de su incremento, y en ello no hay pérdida por parte de otro individuo. A esto se agrega, ser ese incremento una especie de recompensa: si en el propietario de ese terreno es el temor de perder por el curso del rio, de él debe ser la esperanza de ganar por la misma razon. Para adquirir por esta especie de accesion se necesita; primero: que el terreno que acrece no sea mensurado, sino que sin mensura tenga por término el rio, En el otro caso, el acremento es del público. Segundo: que el incremento se haga insensiblemente. Fácil es saberse, quien es el dueño de lo que repentina-

mente accede á un terreno. Tercero: que en el dueño del terreno no haya artificio para lograr la aluvion. Lo contrario sería recompensar un crímen.

La última especie de accesion natural es la mutacion de las corrientes del rio; esto es, cuando su cauce deja el curso que llevaba, y toma por otro rumbo. La propiedad de la tierra, que queda, será en tal caso de los dueños del terreno contiguo, en proporcion de la area de cada uno por la parte del rio. Las razones particulares que hay para esta adquisicion son; primera: que aquella tierra abandonada por el cauce nadie puede ocuparla sin atacar la propiedad agena, sino los inmediatos. Segunda: que ellos solos pueden haber formado alguna esperanza sobre lo que el rio deja seco. Tercera: que la suerte de ganar por la retirada de las aguas, es una compensacion del temor de perder por su invasion.

Los expositores de Justiniano colocan entre los modos de adquirir por accesion natural, lo que la violencia del rio une á un terreno. Ello es cierto, cuando lo que agrega no es marcado con la propiedad de otro; pero en el caso contrario, en los que habla Justiniano en el § 21

tit. 1. libro 2. de las instituciones, la adquisicion será por prescripcion, y no por accesion.

La accesion industrial es de tres maneras. A la primera pertenece la union de una cosa agena á la propia: á la segunda la especificacion, ó formacion de una nueva especie con materia agena: á la tercera la conmistion, ó mezcla de materias de una ó distinta especie. Sean reglas generales á este respecto. Primera: buena fé en el que une, forma, ó mezcla: si la accesion con mala fe confiriera propiedad el crímen sería remunerado. Segunda: el accesorio sigue la naturaleza del principal: por el principio de utilidad se considera la cosa de aquel, que perdiéndola sufriría una pérdida mayor. Tercera: el que hace suya la cosa debe indemnizar al que la pierde: el mismo principio de utilidad hace reducir al menor extremo los inconvenientes inevitables: él pesa los males de uno y otro interesado, busca un medio de conciliacion, y prescribe las indemnizaciones. Los que no tenían consideracion á la medida de penas, y placeres daban todo á uno de los interesados sin hacer caso del otro.

La union puede hacerse por inclusion, por fundicion, por tejido ó bordado, por edificio, por

escritura, por pintura. La especificacion como que dá nueva forma, dió ocasion á disputas entre los Casianos y Proculeyanos (*a*) sobre si ha de considerarse como principal la materia, y como accesorio la forma, ó al contrario. Con el principio de utilidad, en que hemos fundado la segunda regla, es cortada la disputa de ambas sectas: lo que mas vale, será lo principal sea la materia, ó sea la forma.

La conmistion se hace á veces de cosas aridas, como cuando se mezcla la cebada de uno con la cebada ó con el trigo de otro; y á veces de cosas liquidas, como cuando se mezcla el vino de uno con el vino ó con la melaza de otro, y esto propiamente se llama confusion, por que ambas cosas confundiendose mudan su substan-

---

(*a*) Entre los Sabinianos y Proculeyanos dicen Heynecio y Bentham. Salvo el respeto que debemos á tan sábios maestros, nos será lícito notar que ellos se equivocaron en citar á los Sabinianos como una secta opuesta á la de los Proculeyanos en este particular. Los discípulos del Juris Consulto Procul Sempronio daban á la forma la preferencia, cuando por el contrario los discipulos del J. C. Casio Cayo Longino se la daban á la materia. Uno y otro florecieron en el imperio de Claudio, y dieron el nombre á las sectas Proculeyana, no opuesta á la Sabiniana, sino á la Casiana como bien se infiere en lo que dice Pomponio en la Ley 2. ss. últ. ff. (Digest.) de *origine juris*.

cia. La conmistion, y confusion puede hacèrse, ó con voluntad de ambos propietarios, ó con la de uno solo, que creia propias ambas substancias, ó puede hacerse por acaso. La conmistion ó confusion hecha por voluntad de ambos hacen comun la substancia. Cuando concurre á la mezcla la voluntad de uno, y las substancias no son separables se verifica la accesion bajo las reglas, que quedan sentadas; pero si las substancias pueden separarse, cada uno puede repetir su parte. Cuando la conmistion se hace por acaso, el resultado es comun. Nosotros añadimos, que ambos deben ganar ó perder en proporcion del valor de su substancia. (1)

Hay otra especie de accesion mixta que participa de la natural, y de la industrial: tales son la plantacion, la siembra, la percepcion de

---

(1) Parece que Justiniano no conoció los principios que dictan esa proporcion sin la cual todo sería ganancia para uno, y pérdida para otros. En el §. 27 de este título hace absolutamente comun la substancia, resultiva de la confusion casual de materias diversas: lo mismo dispone la ley 7 §. 9 del Digesto Heynecio se contenta con llamar iniquas á estas disposiciones. *Sed ita jura volunt*, concluye este sábio. Nosotros con la pérdida, y ganancia proporcional excusamos el defecto que Heynecio nota. Los principios de utilidad enseñan que de los males inevitables se elija el menor.

los frutos, de lo que con buena fé se posee. En las dos primeras es la regla, que lo que se planta, ó siembra despues de arraigado se hace del dueño del terreno. La tercera especie de accesion mixta, es la percepcion de frutos, y en ella todas las razones de utilidad, y conveniencia se reunen para lejitimar la propiedad, y afirmarla en manos del poseedor. La creencia de que es suyo el terreno productor, funda una esperanza, que con la industria, y trabajo se fortifica, y aumenta, criando un nuevo apego á esos productos.

Hemos tratado de los modos originarios de adquirir la propiedad, restanos para complemento de este capítulo tratar del modo derivativo. Dijimos que este es la tradicion ó la traslacion que de la cosa corporal hace el dueño de ella en otro con animo, de trasferirle la propiedad, precediendo un legal motivo. El que asi recibe la cosa, se hace actual posesor de ella, y este es un título que puede aventajar á todos los demas, y ocupar su lugar. El será siempre bueno, y vencerá á todo pretendiente que no tenga otro, que oponer. Quitar arbitrariamente al que posee, para dar al que no posee, seria crear una ganancia por un lado, y una pérdida por el otro; pero nosotros no debemos

olvidar, que el valor del placer, nunca es igual al valor de la pena. Todas las razones que hemos alegado en favor del primer ocupante de las cosas de nadie, hablan en favor del que ocupa despues con consentimiento del dueño,

Del concepto en que tomamos la tradicion, se sigue lo primero : que ella debe ser de cosas corporales. Estas solas pueden trasladarse de uno á otro si son muebles, como un relox, ó en ellas solas introducirse al que se le entregan, si son estables, como una casa. Las cosas que llaman incorporales; esto es, los derechos, no pueden sufrir esa material entrega. Estos bienes se trasfieren con la paciencia del uno y el ejercicio del otro. Si Juan consiente que Pedro caze en su coto, y Pedro á virtud de este consentimiento ejerce la caza allí, el derecho de cazar en aquel coto se entiende trasferido á Pedro, y à esto llaman cuasi tradiccion. A mas de aquella natural tradicion hay otra que llaman *simbolica,* por la cual en lugar de la cosa se entregan los signos de ella, como las llaves de una casa, los documentos de la propiedad de un buque, &c. A la tradicion, que se hace poniendo la cosa á la vista, llaman *longa manu : brevi manu,* á aquella que se hace por

una declaratoria, v. g. el caballo que está en poder de Pedro, porque se lo presté, se lo trasfiero por donacion.

Se sigue lo segundo: que la tradicion ó entrega de la cosa se ha de hacer por el propietario de ella. El que recibe la cosa del que no es dueño, se hará poseedor mas no propietario. Pero el pupilo á pesar de ser dueño no trasfiere, el dominio por la entrega, no interviniendo la autoridad del tutor. Se sigue lo tercero: que ha de haber en el que entrega ànimo de trasferir el dominio: la entrega que se hace de la cosa por comodato, depôsito &c. no es traslativa de dominio. Se sigue lo cuarto: que à esa entrega debe proceder una razon legal, un título hábil para trasferir dominio. Asi se explican los juristas. Nosotros lo explicaremos diciendo que es menester que el propietario anterior haya tenido algun *motivo* para abandonar su propiedad. Quien dice *motivo* dice *placer*, ó su equivalente: v. g. placer de amistad, ó benevolencia, cuando el dueño de la cosa la trasfiere por donacion gratuita: placer de adquisicion, cuando hace la entrega de su cosa por permuta, ó por venta: placer del bien de seguridad, cuando traslada la cosa à otro para salvarse de algun

mal: placer de reputacion cuando entrega la cosa proponiéndose adquirir la estima de sus semejantes &c.

Aquí vemos ya la suma de los goces aumentada para los interesados en la tradicion. El que recibe ocupa el lugar del que dá con respecto à las antiguas ventajas de la cosa, y el que dá, recibe otras nuevas. Podemos fijar como maxîma general la siguiente: *toda enagenacion produce ventaja*: un bien cualquiera que sea, es siempre su resultado Cambia uno su relox por una espada: son dos enagenaciones, en que cada uno de los interesados logra sus ventajas separadas. ¿Y en que consisten estas ventajas? consisten en la diferencia, que cada uno de los contratantes encuentra entre el valor, que tenía para él la cosa que cede, y el valor de la cosa, que adquiere. Nuestros indigenas al recibir de los españoles un abalorio en cambio de pedazos de oro, se gloriaban de las ventajas de su cambio, y los españoles se gloriaban de las del suyo. No hay duda, cada transacion de esta especie produce nuevos goces, que hacen el bien del comercio. Estos son los principios de utilidad, y conveniencia, en que se fundan los contratos.

Ellos se encuentran envueltos en las palabras *justicia*, y *equidad*, con que tropezamos á cada paso en las leyes, y en los autores.

Vistos los modos de adquirir la propiedad por derecho de gentes, nos resta ver los de adquirirla por derecho civíl; esto es, los modos con que la propiedad de uno se trasfiere á otro por ministerio de la ley sin necesidad de la tradicion. Estos modos ó son singulares, y se dicen tales, cuando se nos trasfiere la propiedad de alguna cosa particular, como por la prescripcion, ó por el legado; ó se dicen universales cuando se nos trasfieren universalmente todos los bienes de otro, como por la adquisicion de la herencia. En la primera clase numera Justiniano la donacion; pero esto será cierto, si se entiende de la donacion por matrimonio, ó por causa de la muerte. La donacion entre vivos no trasfiere propiedad: ya hemos dicho, que es un motivo, que precediendo á la tradicion, hace que esta sea un modo de adquirir la propiedad. En la segunda clase; esto es, en los modos universales de adquirir por derecho civíl cuenta Justiniano otros muchos fuera de la adquisicion de la herencia, pero el uso de hoy solo á esta conoce.

CAP. IV.

DE LA PRESCRIPCION.

Entre los modos singulares de adquirir la propiedad por derecho civíl ocupa el primer lugar la prescripcion. *Prescripcion* es hacer propia la cosa de otro, mediante la posesion continuada por el tiempo, que la ley prescribe. Este beneficio de la ley civíl está fundado en los principios de utilidad, y conveniencia. El que ha dejado pasar cierto tiempo sin reclamar lo que es suyo, ó no sabe la exîstencia de su derecho, ó no tiene intencion de prevalerse de él. En ambos casos no ha habido en el antiguo dueño una esperanza, ni un deseo de adquirir la posesion de la cosa; cuando por el contrario, en el que la posee hay esperanza, y hay deseo de conservar la posesión. De aquí se sigue, que dejar la cosa al que la tiene, no es contrariar la seguridad del otro, que carece de esperanza; cuando quitársela sería atacar su seguridad, y poner en inquietud à todos los poseedores, que no conocen otro título de posesion, que su buena fé. Esto sería causarle un dolor, cuando en el primer caso ninguno se oca-

siona al dueño ignorante, ó negligente. A mas, es de público interes la certeza de la propiedad de las cosas: con ella se excusan las desavenencias, y los pleitos. Sin embargo, hay teólogos, cuyas conciencias no se han aquietado, porque no han conocido estas razones, y reprenden este modo de adquirir, graduàndole un robo. Nosotros podremos remitir á esos escrupulosos á que vean en el Cap. XI de los Jueces el derecho con que Jepte se prevalía contra los Ammonitas.

Para la prescripcion se necesita, primero: buena fé, esto es, creencia en el poseedor, de que la cosa vino á su poder, de aquel que podía enagenarla; segundo: suceso legal, esto es, que el motivo porque posee sea de aquellos, que sirven á la traslacion de dominio, segun hemos dicho hablando de la tradicion; tercero: capacidad en la cosa, esto es, que la cosa no tenga un vicio, que impida la adquisicion del dominio, como si es hurtada, ó arrebatada por fuerza; cuarto: el tiempo designado por la ley.

En cuanto à lo primero ya hemos dicho, que la buena fê es la que dâ esperanzas al poseedor. Si sin ella confirmara la ley la posesion, la ley no favorecería la seguridad, sino que compensaría el crimen. Ningun tiempo debe bastar

para que el usurpador goce tranquilo los gages de su iniquidad. Las leyes que ha violado no pueden proteger el fruto de esa violacion. La buena fé ha de continuar con la posesion; (1) pero las dudas no la hacen perder, ni las disputas, en que se vence, la interrumpen.—En cuanto à lo segundo, la posesion ha de provenir de un suceso legal, de alguno de los motivos de que hemos hablado, y á esto llaman *justo título*. Este motivo ha de ser cierto, y no erroneo, como si pienso haber comprado, lo que no compré: no ha de ser simulado, como la venta hecha por el marido á la muger, para cohonestar la donacion, que la ley prohibe entre ellos: el motivo no ha de ser revocable, como la posesion en que ha entrado uno por donacion *causa mortis*, que puede revocarse por el donante, sin que el poseedor pueda alegar prescripcion.—Por lo que respecta à la capacidad de los bienes, hay sus dificultades. El derecho excluye de la prescrip-

(1) Por derecho civil basta la buena fé al principio de la posesion: por derecho canónico se necesita continuada por todo el tiempo que la ley requiere. Nosotros damos á este, la preferencia en esta parte, y seguimos su decision por las razones que hemos expuesto, y no porque el Apostol dejase escrito: *quod ex fide non est, peccatum est.* A nadie puede ocultarse el abuso que de estas palabras hizo Ynoc. 3°. al fundar en ellas la determinacion canónica.

cion no solo la cosa hurtada, ó robada, sino tambien las cosas sagradas, religiosas, y santas, las cosas públicas, las cosas eclesiásticas, las de los pupilos, y menores. En cuanto á las cosas sagradas, religiosas, y santas, no hay duda: mientras ellas lo sean, mientras están dedicadas á los objetos, que las constituyen tales, ellas no pueden entrar en posesion por un suceso legal; de consiguiente no pueden prescribirse. En cuanto á las otras cosas públicas, yo distingo: ó son de aquellas, cuyo uso es comun á todos, y entonces no cabe en ellas la prescripcion por la razon antes expuesta; ó son aquellas que forman el patrimonio de la república, y entonces, como á ellas pueden ajustarse todas las circunstancias, que son necesarias para la prescripcion, ellas pueden prescribirse. Hágase responsables de su negligencia á los que tales cosas administran, y triunfe la igualdad de los bárbaros privilegios fiscales, que tanto la han ofendido, Lo mismo digo de las cosas que llamamos eclesiásticas: los que las administran deben responder de su pérdida por prescripcion: el tutor satisfaga las que de su pupilo se prescriban, y el curador las que de su menor. Esto pienso que debe ser: las leyes dicen otra cosa.

El cuarto requisito es el tiempo designado

por la ley; quiere decir, que se continue en la posesion todo aquel tiempo que la ley señala para poder adquirir la propiedad. Este puede ser vario en los códigos de cada nacion. En los que hemos por ahora adoptado se exîjen tres años de continua posesion para adquirir la cosa mueble, y para adquirir la cosa estable, ó raiz, diez años, estando presente el dueño, y veinte estando ausente. Yo pienso que la multiplicidad de las permutas, la rapidez del giro debe decidir al legislador á fijar los términos.

Aquí ocurre la siguiente curiosa cuestion, ¿Cuantos años se necesitarán para prescribir una cosa, que empezó á poseerse estando el dueño presente, y sobrevino su ausencia? ó que empezó estando ausente, y sobrevino su presencia? Al caso: empezó uno á poseer la casa de otro, estando ambos en esta provincia: el dueño se ausentó á los cuatro años, ¿cuantos deben pasar desde la posesion para que adquiera el dominio? Algunos dicen que deben duplicarse los años que faltaban, y unido ese duplo á los que estubo presente, el resultado de ambas sumas, serán los años que se necesitan; v. g., en nuestro caso seis años faltaban para la prescripcion, cuando se ausentó el dueño: duplicados estos hacen doce, y agregados á los cuatro,

que estubo presente, dan diez y seis, que serán los necesarios para la prescripcion en dicho caso. Aunque es igual el resultado, parece mas sencillo el modo con que en la cuestion se expide Justiniano en la Novela 119. Allí se buscan los diez años, que se requieren para la prescripcion, unida la mitad de los que estubo el dueño ausente, á los que estubo presente: se ausentó el dueño á los cuatro años: estubo ausente doce: su mitad son seis, que unidos á los cuatro de presencia hacen los diez necesarios para la prescripcion:

. . . .

Fuera de estas prescripciones hay otras, que llama el derecho *de muy largo tiempo*: tales son, la de treinta años, la de cuarenta, la de ciento, y la de tiempo inmemorial. La de treinta años es para aquellos casos en que no pudiendo el antecesor prescribir la cosa por mala fé, por falta de motivo, ó por vicio de ella, puede su sucesor prescribirla por treinta años teniendo buena fé. Hay casos especiales en que el derecho exíje cuarenta años para la prescripcion, como si han de prescribirse las cosas del fisco, ó de las iglesias. Sobre ello hemos manifestado nuestro concepto. Los cien años se necesitan por un singular privilegio para prescribir las cosas que llaman del patrimonio de San

Pedro; así lo dispuso una auténtica del código. Para nosotros deben ser iguales el patrimonio del Soberano de Roma, y el del Soberano de Nápoles. La prescripcion de tiempo inmemorial se funda en la negativa de memoria de lo contrario. Ella se prueba con testigos ancianos, que deponen de un hecho, sin que jamas hubiesen oido, que no fué así. Se dice que de este modo se adquieren las jurisdicciones. Mejor se diría, que en tal caso las confiere una ley no escrita.

Como no toda posesion prepara á la prescripcion, es necesario distinguirlas. Posesion es la mera detencíon de la cosa: la posesion es de hecho, ó de derecho, natural, ó civil: la de hecho es la material, y corporal aprension, y retencion de la cosa: la de derecho es por la que se retiene con el ánimo, y ayuda del derecho sin necesidad de tener corporalmente la cosa: mixta es la que se compone de una, y otra. Hay otra posesion civilisima, y es la que se adquiere por ministerio de la ley, aun cuando no haya ánimo, ni voluntad. Hay posesion justa, y es la que nace de un motivo, ó suceso legal; y posesion injusta la que carece de el: posesion viciosa, cuando se posee por fuerza, ó con fraude: posesion de buena fé,

la que se tiene, creyéndose dueño de la cosa, ó que puede poseerla; y de mala fé la que se tiene sabiendo, que la cosa es de otro, y que no puede poseerla. La posesion puede ganarse por sí, ó por otro. La gana el hijo para el padre: el procurador para el principal: el tutor para el pupilo, y otros. Tambien se gana la posesion por los modos que se trasfiere el dominio.

CAP. V.

DE LOS OTROS MODOS SINGULARES DE ADQUIRIR POR DERECHO CIVIL.

Ya dijimos que Justiniano numera entre estos modos la simple donacion. El siguio al Juris Consulto Cayo, como se lo habia propuesto en el § 6 del Proemio á las Instituciones; pero el debio advertir, que segun Cayo la donacion no constituia un contrato, ni producia una obligacion sino por la entrega de la cosa donada. Sin ella era un pacto, que en los antiguos principios no conferia una accion, ni imponia un deber. Asi que, no habiendo donacion sin entrega era un consiguiente que ella transfiriese la propiedad; mas en tal caso la donacion corresponderia al modo de adquirir por tradicion, y no á los modos de adquirir sin ella, que es de los que tratamos. Las cosas han variado: los pactos son obligatorios, y la donacion confiere derechos, é impone deberes sin necesidad de la entrega: ella como hemos dicho es un suceso, que legaliza la tradicion.

Entre los modos singulares de adquirir sin tradicion se numeran la donacion por causa de la muerte, y el legado. En estos casos muerto el legante, ó donante adquiere la propiedad de la cosa el legatario, ó donatario por ministerio de la ley, que asi lo dispone. Los juris consultos antiguos teniendo tanto horror à la propiedad sin tradicion, como los filosofos al vacio, fingen que antes de morir el legante, ó donante ha entregado la cosa al agraciado : asi mienten, para no confesar que hay dominio sin tradicion ; pero lejos de nuestra jurisprudencia tales ficciones ; de ellas solo podrá valerse el que no conozca la razon de la ley. Sea en buena hora la tradicion por derecho de gentes una forma, y solemnidad, la ley civil puede como dijimos en el tratado preparatorio, quitar esas formas, añadirlas, ó aumentarlas. Si señores, ella puede trasferir la propiedad, y todos sus efectos sin tradicion, ni aprehension ; ella ha podido hacerlo en los casos propuestos, porque ha debido hacerlo ; y ha debido hacerlo, porque es útil, y conveniente. La ley al trasferir por la muerte del legante, ó donante la propiedad de la cosa donada, ó legada, al legatario ó donatario, confiere á estos un bien, sin causar mal á ninguno.

CAP. VI.

DE LA SUCESION LEGITIMA, Ó AB INTESTATO.

Dijimos que el modo universal de adquirir por derecho civil era la sucesion. De dos maneras puede sucederse en los bienes de otro, por voluntad de la ley, ó por voluntad del dueño: aquella es la sucesion legitima, y ésta la testamentaría. Justiniano trata primero de esta, y sus expositores bonifican tal órden, fundados en que la sucesion legitima es para suplir la falta de la testamentaria. Nosotros podemos entenderlo al contrario, y decir que la sucesion testamentaria ha sido introducida para ocurrir á algunas circunstancias particulares, que la ley no ha podido preveer con la sucesion sin testamento. Esta ha exîstido antes que aquella, y se conocia en todos los pueblos, cuando aun no sabian que era testamento. La historia del origen de estos nos lo pondrá en claro en el capítulo siguiente.

¿Qué deberá hacer la ley con los bienes de

un individuo que muere? ¿como deberà repartirlos? Es todo lo que puede ocurrir en la materia. El que forma la ley, debe para esta operacion tener á la vista tres objetos. Primero: proveer á la subsistencia de la generacion naciente. Segundo: excusar cuanto pueda el cese de los goces de los que sobreviven. (1) Tercero, promover la igualdad de los bienes.

. . . .

Como el hombre no es un ente aislado, tiene cada uno su círculo mayor ó menor de compañeros, á quienes está ligado por diferentes vìnculos.

---

(1) El ilustre Benthan contrae este segundo objeto á *prevenir las penas de esperanza engañada.* El en esta parte ha sufrido una impugnacion, fundada en que esas penas se evitan con la ley, que arregle las succesiones de cualquiera manera que sea; porque entonces el que no está comprendido en el llamamiento de la ley, no puede haber creado esperanza, de consiguiente no puede llevar chasco. La objeccion alucina, porque en verdad, que habiendo enseñado el mismo Benthan que la esperanza la dá la ley, no puede concebirse como se burle esa esperanza, que sin la ley no ha podido exîstir; pero Benthan en este lugar no habla de aquella esperanza robustecida por la seguridad, que la ley confiere. El va á proponer un proyecto de ley, y las penas que trata deberse prevenir son las del engaño de una esperanza creada por la repeticion de sucesos uniformes, no tan fundada como la que nace de una sancion. Explicándonos del modo que lo hacemos al detallar ese segundo objeto, hemos creido explicar el espíritu de Benthan, ó lo que Benthan quiso decir.

Los que forman ese círculo, de hecho son partícipes de el goce de los bienes, que exclusivamente corresponden de derecho á aquel, á quien están ligados; y es necesario prevenirles las calamidades, de que serían víctima, si la muerte, que les priva de un amigo, les privara tambien de los socorros, que sacaban de sus bienes.— Para prevenir este mal, es necesario calcular sobre los principios, que los introdujeron en estos goces; mas como esto sería una cuestion de hecho, imposible de aclararse sin procesos embarazosos, y contestaciones sin término, es necesaria una base general, en que pueda fundarse una decision, y no es posible una mas segura, y mas cierta que la presuncion. *Presuncion del mayor afecto* es la que ha debido mantener al superviviente, en el goce de los bienes del que murió; y los grados de este afecto deben calcularse por la proxîmidad del parentesco. Esta regla, que no tiene mas apoyo que la presuncion, quedará alguna vez sin fundamento pero no se encuentra otra, que presente al legislador menos inconvenientes. La ley en las circunstancias hace lo que cree verosimil, y prefiere los parientes mas cercanos á los mas remotos; porque es verosimil, aunque no sea absolutamente cierto, (la ley no puede saberlo) que el individuo, que murió, los profería.

Con estos principios presenta Bentham un proyecto de ley sobre succesiones *ab-intestato* en quince artículos. Tal proyecto es en lo sustancial conforme á lo que disponen las leyes, que actualmente nos rijen; y aun es menester confesar, que en muchos casos están mejor combinadas con aquellos principios, que los artículos del proyecto.

Por ellas la línea descendiente tiene la preferencia sobre la ascendiente. Los hijos, nietos &c. heredan al difunto, excluyendo al padre, abuelo &c., y esto está fundado en la voluntad, y afecto presunto del difunto, porque regularmente el hombre ama, y quiere favorecer mas á sus descendientes, que á sus ascendientes, prefiriendo ordinariamente en el bien que hace, á aquellas personas á quienes puede mandar, respecto de aquellas, á quienes está forzado á obedecer. Los que nos obedecen nos proporcionan mas placeres, que los que nos mandan; porque al hombre agrada mas mandar, que obedecer. Hay á mas, que nuestros descendientes son una porcion de nosotros: parece que en ellos se prolonga nuestra exîstencia, y aunque se diga que esto es una ilusion, y una pura quimera, vemos que esta quimera tiene mucha influencia en los corazones humanos. La útilidad

y conveniencia de proveer á la generacion naciente apoya tambien la preferencia de los descendientes: ellos por lo regular empiezan á gozar de la vida, cuando nuestros ascendientes están el cabo de ella, y por lo mismo necesitan mas de nuestros auxîlios. Esa preferencia á mas, excusa el cese de los goces de los que sobreviven. Nuestros padres exîstieron y subsistieron sin nosotros, no asi nuestros hijos. Si los antiguos al dar la preferencia á los descendientes conocieron estas razones, ellos no supieron explicarlas; *el amor desciende, y no asciende*, es lo único en que se fijaron. Pero ni ello es una verdad, ni con esta metáfora se dice cosa que satisfaga.

Las mismas leyes determinan la sucesion de los descendientes sin distincion de sexos, ni edades. Los bienes de los padres se distribuirán entre los hijos por iguales partes. Las razones de esto son; primera: igualdad de afecto de parte del padre. Segunda: igualdad de goces de parte de los hijos. Tercera: igualdad de necesidades. Las diferencias de sexo, de edad, de temperamento, de aptitudes &c. pueden ciertamente producir alguna desigualdad en cuanto á las necesidades: pero la ley no puede apreciar esas particulares circunstancias: es impo-

sible al legislador proveer á esa desigualdad. La diferente porcion de herencia debería en tal caso, ser en favor del mas flaco, de las mugeres, que tienen mas necesidades, y menos modos de adquirir; *pero el mas fuerte ha obtenido todas las preferencias, porque el mas fuerte ha hecho las leyes*, dice Bentham; y á fé que no tiene razon. Sea por el imperio de las costumbres, sea por otro principio, es práctico entre nosotros, que las mugeres son por lo general partícipes de todas las adquisiciones de los hombres; y asi es que no son menos los medios de adquirir que ellas tienen. Fuera de qué para el caso, que con alguna hija se haya mostrado tan avara la naturaleza, que no le deje lugar á aquellos medios de ocurrir á sus necesidades, y ponerse en igualdad con el sexo fuerte, al padre toca considerarlo, sirviéndose del derecho de testar. Con la mejora puede el padre proveer á la igualdad, que á la ley le fue imposible, como veremos despues.

Si un hijo, ó hija del difunto ha muerto antes que el, dejando hijos, ó descendientes legitimos, estos heredan con sus tios, pero no llevando cada uno de ellos una parte igual á estos, sinó repartiéndose entre ellos esa igual porcion, por manera que tanta quota venga á corresponder

á todos los nietos, como la que corresponde á cada uno de sus tios, ó como corresponderia á su padre, si viviera. Esto se llama heredar por troncos, ó *in stirpem* : los hijos heredan *in capita*. ¿ Y por qué esta diferencia ? ¿ por qué los nietos no heredan del mismo modo que los hijos ? Razones. Primera : prevenir el cese de los goces. Por lo regular los hijos, viviendo el padre, disfrutan cada uno de ellos mas, que cada uno de los nietos, Segunda : prevenir la pena del engaño à una esperanza, que han debido fundar los hijos en el órden de las cosas. Que la parte del primogenito se disminuya por el nacimiento de un otro hijo, es un acontecimiento natural, sobre el cual ha debido aquel formar su cálculo ; mas por lo general cuando los hijos empiezan á reproducirse, esa facultad en el padre llega á su término. En tal época los hijos deben conceptuarse llegados al término de las diminuciones, que sus respectivos derechos han debido sufrir ; mas si cada nieto causara una diminucion igual á la que ha causado cada hijo, las diminuciones no tendrian límites ; los hijos no tendrian datos ciertos, en que fundar un plan de vida. Tercera razon : los nietos tienen otros recursos inmediatos : tales son los bienes debidos á la industria de su difunto padre, los de su madre, y demas

parientes por esta línea. En ello nada tienen sus tios.

Los romanistas, y con ellos el célebre comentador de Bentham, dan por razon de aquel modo de suceder en los nietos, el que estos representan al padre, y distan un grado mas de su abuelo que sus tios. Yo no me atreveré à impugnar estas razones; pero encuentro en la primera, que esa representacion, es de lo que no exîste; y encuentro en la segunda, que la proxîmidad de grado en el hijo respecto del nieto, deberia obrar el efecto, de que aun en el caso de ser único el nieto, no deberia tener igual parte, que su tio; mas, deberia ser excluido: pero tratamos de herencias, no de mayorazgos.

Por las mismas leyes, que nos rijen, si el difunto no deja hijos, ó descendientes legitimos, sus padres, ó sus abuelos &c. heredan sus bienes en comun. Si alguno de ellos ya no exîste para entonces, todos los bienes recaeràn en el que sobrevive. La línea ascendiente excluye à los colaterales de cualquier grado. Razones primera: superioridad de afecto. La mayor proximida de parentesco hace presumir mayor cariño, como ya hemos dicho. ¿Quien cons-

tituye el parentesco entre un hermano, y otro? La relacion comun con un mismo padre, y una misma madre. ¿Qué es lo que hace á uno amar mas á su hermano, que á otro cualquiera, con quien haya pasado en compañía una igual porcion de su vida? Nada otra cosa, que el que le aman mas, aquellas personas, à quienes el mas ama. Segunda razon: recompensa de servicios. El trabajo, y gastos de la educacion merecen indemnizaciones. Yo nada debo á mi hermano, pero es constante lo que debo á mis padres; y por lo mismo en todo caso, en que no se oponen los derechos mas fuertes de mis hijos, yo debo preferir á mis padres.

Faltando los ascendientes, herederan los descendientes de aquellos, esto es, los parientes colaterales, hermanos, sobrinos, tios, &c. prefiriéndose la línea colateral descendiente á su igual ascendiente. Heredando à un hermano entrarán los sobrinos, hijos de otro hermano muerto antes á la participacion de la herencia *in stirpem*, como se dijo de los nietos. Concurriendo hermanos enteros, y medios hermanos, los primeros excluyen à los segundos. Esto es conforme à la voluntad presumida del hermano difunto; porque debe creerse, que amó mas á su hermano Germano, con quien estaba

ligado por dos vínculos, que á su hermano Uterino, con quien le unia uno solo.

A falta de parientes colaterales hasta el décimo grado, heredera la muger al marido, ó el marido á la muger, dicen las leyes que nos rigen ; pero segun los principios en que fundamos la sucesion *ab-intestato*, tal disposicion merece corregirse. Presuncion de mayor afecto, ¿y quien dirá que el difunto amaba mas á un pariente en cualquier grado, á quien quizà no conocia, que á la muger con quien vivia unido? La sangre, la consanguinidad....consideremos como se trasmite esta, cual es el medio.—Tenemos á mas que la muger ha gozado todo el tiempo de su union de los bienes del marido, y excluyéndola los parientes de cualquier grado, quedarian burladas las esperanzas, que por tantos títulos ha debido formarse. No hay un solo paso en la vida conyugal, que no haga presumir en los consortes un afecto mutuo, mayor, que el que es presumible respecto de un pariente cualquiera. Yo encuentro defectuosa aquella disposicion de las leyes: encuentro que asi el marido como la muger, merecen un mejor lugar en la escala de sucesiones; pero no me atrevo á asegurarlo por ahora.

Faltando los parientes hasta el décimo grado, y no exístiendo consorte del difunto, la herencia pasa al físco dicen las leyes ; (1) pero esta disposicion es tan contra los principios como la anterior, y es á mas de ninguna utilidad. Lo primero, porque la voluntad presumida del difunto es la unica razon, que debe dirigir al legislador en la distribucion de las sucesiones *ab-intestato ;* y no es de creer que el difunto amase mas al fisco, con quien ningun parentesco tenia, que á sus parientes de cualquier grado y líneas que fuesen, Lo segundo ¿qué provecho vendrá al físco de estas sucesiones? El no debe administrar por su cuenta los bienes específicos : siempre estas administraciones le son ruinosas, como entre otros lo ha demostrado el sabio Smith. El venderá los bienes en pública subhasta. En ella se acumula una pérdida, á la que ya han sufrido los bienes en la interina posesion, que de ellas tubo el fisco.

(1) Benthan en su proyecto hace heredero al fisco, excluyendo á los parientes de la línea colateral ascendiente. En nada funda esta exclusion: ella es contra la presuncion de mayor afecto, que el mismo Benthan adopta por regla para las sucesiones. Es á la verdad raro que este grande hombre, olvidase lo filósofo en este punto, y dejándo á un lado el gran principio de utilidad, se le vea convertido en un alagante del fisco.

Así se disminuye un capital, que puedo hacer la fortuna, y bien estar de una familia útil, y entra al fisco, á quien nunca, ó rara vez harà mas rico.

Yo creo, que la ley de sucesiones en esta parte debe corregirse, y dar lugar en la herencia al fisco, solo en el caso que el difunto no tenga parientes en ningun grado, ni línea. (1)

Los hijos bastardos ilegitimos, no concurren à heredar con los legitimos descendientes; pero faltando estos, los hijos naturales, ó espureos por su órden, y grado suceden à la madre, dice la ley, aunque esta tenga padres, ó ascendientes legítimos. Pero la misma ley excluye de la herencia, asi en el caso que hablamos, como ex-testamento á los hijos, que llama de reprobado, y punible ayuntamiento. Si atendemos á la explicacion, que ella hace de cuales se entiendan hijos de *dañado, y punible ayuntamiento*, ya no exíste tal calidad. A mas, segun lo que

(1) Tal fué la opinion de Placentino, que á principios del siglo 12 enseñó la jurisprudencia romana en las Galias: por el mismo tiempo opinó lo contrario Azon, enseñando en Bononia, á cuya opiuion se ajustó la ley de partida, que extiende el derecho de heredar en los colaterales hasta el 10 grado.

dijimos en la primera parte tratando del hombre, no hay otras calidades en los hijos, que legitimos, y no legitimos. El rigor con que las leyes han tratado á estos en odio del pecado, ó delito de los padres, no ha sido justo. Si en algun tiempo quiso cohonestarse ese rigor, como un medio de impedir los coitos reprobados por la ley, hoy no puede hacerse. La constante experiencia de muchos siglos, ha demostrado lo ineficaz de la medida. Debería pues la ley disponer, que un hijo ó descendiente cualquiera, suceda á su madre, y á los ascendientes de esta línea, no existiendo legitimos, del mismo modo, que si tales fueran.

. . . .

Las leyes hablando de tales hijos con respecto á los bienes del padre, dicen, que este podrá instituirlo su heredero en testamento, aunque tenga ascendientes legitimos, siempre que el hijo sea de los que la ley llama *naturales*, esto es de aquellos hijos, con cuya madre podia el padre casarse sin impedimento, ya al tiempo de la concepcion, ya al tiempo del parto; pero no los admite á la herencia *ab-intestato*. La razon de diferencia entre estos hijos con respecto al padre, y á la madre, se hace consistir en las mismas leyes en la certidumbre. Las madres son ciertas de los hijos que nacen de ellas. Yo no creo bastante

esa razon para constituir tal diferencia en el caso; porque en el no debe obrar mas la certeza física, que la certeza legal. La ley que habilita al hijo natural para heredar á su padre por testamento, aunque este tenga ascendientes legítimos, está fundada en el reconocimiento, que el padre hace de tal hijo. Esta es la certeza legal. Luego siempre que haya este reconócimiento, toda vez que el padre por actos positivos haya reconocido al hijo, este deberá sucederle *ex-testamento*, y *ab-intestato*, como sucede á la madre. Si consideramos á este hijo despues de reconocido por el padre, no podremos menos que encontrar en el un objeto del mayor afecto, que la ley buscó para ordenar las sucesiones. Debería pues la ley haber ordenado ésta, al tratar del hijo natural con relacion à los bienes de su padre, del mismo modo que la ordenó con relacion á los bienes de la madre; y debería à mas quitarse las diferencias nacidas de las diversas clasificaciones de hijos, como hemos dicho en el §. anterior. Un obstàculo puede ocurrir en la materia. Las disputas, y pleitos que se ocasionarían sobre la certeza del hijo; pero en manos del legislador està fijar los actos, que hagan un reconocimiento legal, bastante á surtir los deseados efectos, como lo ha hecho, cuando trata de la herencia

del hijo natural por testamento. En suma: un hijo cualquiera reconocido, debería suceder á su padre, y á los ascendientes de este, como si fuera legitimo, no los teniendo. . . . .

. . . .

Entre las herencias sin testamento se encuentra la subsidiaria, que corresponde á la muger pobre. Al marido que muere tenga, ó no descendientes ó ascendientes, le hereda su muger en la cuarta parte de los bienes, sino los trajo bastantes, ó no le corresponden por razon de gananciarles. La ley española, que lo dispuso asi, es digna de trasladarse. Ella vierte los principios, de que en este capítulo hacemos uso. *Pagánse los homes á las vegadas*, dice la ley, *de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres; por en de guisada cosa, ó derecha es, pues què las aman, é las honran en su vida, que no finquen desamparadas á su muerte.*" Presuncion de mayor afecto, es el fundamento que sirve à esta ley; estorbar la pena, que causaría el cese de los gozes á la muger, es el objeto que expresa.

Cuando la muger trajo algo al matrimonio, ó tiene algunos bienes, que no alcanzen á la cuarta parte, le corresponde por herencia aque-

lla cantidad, que con lo suyo baste á componer dicha cuarta. Cuando el marido haya dejado mas de tres hijos, la cuarta marital, queda reducida á una porcion viril, ó á una legítima; porque no está en el órden, que lo que se da á la viuda en subsidio para que pueda vivir honestamente, exceda á la porcion, que corresponde á un hijo. La viuda será obligada á reservar la porcion de herencia, que le tocó de su marido para los hijos de este. Lo dicho de la muger pobre, tiene su lugar respecto del marido pobre, cuando aquella es rica.

CAP. VII.

DE LA SUCESION POR TESTAMENTO, Y DE LAS SOLEMNIDADES DE ESTE.

Suceder por la voluntad del hombre, esto es, por testamento, es el otro de los modos universales de adquirir. Testamento es el acto solemne, por el cual el hombre dispone lo que quiere se haga de sus bienes, despues de su muerte. Ha habido grandes disputas sobre si la facultad de testar, viene del derecho natural secundario, que distinguen de aquel otro, que segun los juris-consultos romanos enseña la naturaleza á los hombres, y á los brutos; ó si debe únicamente su orígen al derecho positivo, ó civil. Para nosotros esa disputa es ridícula: no debemos entrar en ella. ni con el partido medio, que entre los contendores, escogió el célebre Vinio. Lo que hay de cierto es, que segun el mismo Vinio, ni los germanos, ni los atenienses antes de Solon, ni los romanos antes de los decenviros conocieron esa facultad; Pero todos conocieron practicamente la sucesion

ab-intestato. Esto basta para sostén del órden con que tratamos esta materia, segun se dijo en el capítulo anterior.

Tampoco debemos intrincarnos en la cuestion, de si las leyes, que conceden al hombre la facultad de testar, son conformes, ó contrarias á los principios de utilidad; ó en otros términos, si el derecho de testar es útil, ó pernicioso; porque aunque á primera vista se descubran ventajas referentes al individuo particular, que ejerce la facultad de disponer de sus cosas, al que la mire con relacion á la utilidad general, le parecerá dudosa la materia; ya por el abuso, que ordinariamente se hace de esa facultad, ya por las contiendas, enemistades, odios, rencores, y pleitos tenaces, y ruinosos, que de los testamentos se originan: considero sin embargo, que hoy sería temeridad decidirse contra la facultad de testar. Ella trae palpables bienes, porque tocando á cada propietario el conocer las particulares circunstancias, en que se hallarán despues de su muerte las personas, que de él dependen, á él le toca proveer, corrigiendo las imperfecciones de la ley. Esta no conoce á los individuos, y asi es que no puede entrar en particularidades. Esa facultad, en manos del propietario, es á mas un instrumento de autori-

dad, con que puede cultivar, y fomentar las virtudes de los que forman su círculo, y reprimir tambien sus vicios. Es útil á mas como un medio de conservar la autoridad, gobernando con el caràcter de Señor, à quien están subordinados aquellos, que creen, serán favorecidos en el testamento.

El bien en este caso no es para los que forman el círculo del propietario, como en el anterior, sino para el propietario mismo. Su poder se extiende asi sobre una porcion de lo futuro, que en cierto modo dobla su riqueza; porque con una asignacion para despues de sus dias, se procura ventajas superiores á las facultades, que hoy tiene. Este medio puede servir para extender la sumision de los que están sugetos al propietario: él, auxîliado de la facultad de mejorar en ciertas porciones, aumenta la indemnizacion de los gastos, y cuidados, y se asegura contra la ingratitud: bueno es que el interés sirva de consejero á los deberes, aunque sean necesarios; y bueno es tambien, que se dejen al hombre medios de endulzar las amarguras, que son consiguientes á la vejez.

Pero à esta facultad de testar, que la ley concede, ha debido poner sus trabas; porque ha

creido deber no dejar absolutamente en la mano del hombre la destruccion de la útilidad general, que se propuso en la ley de sucesiones. Estas trabas son mas, ó menos estrictas en los diversos códigos; pero todos están conformes, en que el padre de familias no sea un tirano, que no reconozca otra ley que su pasion, ó su capricho; porque ello no puede ser conforme al principio de utilidad. La ley decenviral que constituyó ser absolutamente un derecho la voluntad del testador, se encontró perjudicial, aun por los mismos romanos, que en su revocacion establecieron la legítima. La cuota de esta es la que verdaderamente hace la medida de la restriccion en la facultad de testar. Las leyes castellanas son de las que menos tienen que corregir en este particular: las de Aragon son con razon reputadas bárbaras: ellas facultan al padre para dejar à uno de los hijos toda la herencia; pero las de Castilla que aun nos rigen por la previsoria adopcion, que de ellas hemos hecho, han fijado con igualdad las porciones de los hijos. Ellas despues de conceder al hombre la facultad, de disponer como quiera de sus bienes, en caso de no tener descendientes, ó ascendientes, han dirigido sus limitaciones de un modo sábio, como capaz de producir los deseados efectos de utilidad, que hemos apuntado.

Ellas hacen legítima de los hijos todos los bienes del padre fuera del quinto, del cual puede disponer como quiera, satisfaciendo los afectos de amistad, de gratitud, &c. que puedan ligarle á otras personas. Ellas facultan al padre para disponer de una tercera parte de aquella porcion legítima á favor de alguno, ó algunos de sus hijos; y de este modo pone en manos del padre de familias un estimulante á la sumision, y respeto de los hijos, un poder de premiar el mayor mérito de alguno de ellos, y de enmendar algunos defectos de la naturaleza, balanceándolos con una mejora; y aunque es cierto, que los padres podrán alguna vez abusar de esta facultad, ello no es lo ordinario, ni la ley ha debido presumirlo. Estas mismas leyes han provisto el caso, en que esta facultad no sea bastante para dar á la autoridad paterna toda la fuerza, toda la influencia, y toda la consideracion conveniente; y asi es que han extendido el poder paterno hasta el extremo de privar de su porcion á un hijo ingrato, ó de costumbres depravadas; pero para que este derecho no llegue á convertirse en tiranía, han dispuesto que no pueda el padre ponerlo en ejercicio sino por causas determinadas en la ley, y probadas como ella exíge.

Pero el testador no tiene hijos, ó descendientes, y tiene padres, ó ascendientes. En tal caso es forzoso instituirlos herederos del mismo modo, que debería instituir á los hijos, con sola la diferencia en la porcion legítima; porque como puede el hombre disponer del quinto de sus bienes en caso que hayan de heredarle los descendientes, puede disponer del tercio, cuando han de heredarle sus ascendientes. Asi resulta que la legítima de los padres es dos décimas quintas partes menor, que la lejítima de los hijos.

En cuanto á las formalidades del testamento, yo diría que él no debe tener otras, que las que son necesarias para que racionalmente se crea, que lo que él expresa, fué la voluntad libre del testador. La ley francesa parece muy digna de generalizarse en este particular: por ella es valido un testamento con solo que esté escrito todo, y firmado por el testador con la fecha del otorgamiento; y por la misma, si el testador quiere hacerlo con mas publicidad, y autencidad, bastará para su validéz la autorizacion de dos escribanos, y dos testigos, ó la de un escribano, y cuatro testigos hábiles. Yo creo que supuesta la facultad de testar, no debe el acto recargarse

de solemnidades, que embarazen su ejercicio, y den ocasion á cuestiones, y pleitos. Siendo muchas, menudas, y sutiles las formalidades. no es fácil dejar de faltar á alguna, y apenas se presentará nn testamento, que no pueda legalmente ser atacado por aquellos hombres astutos, y versados en los embrollos, á que dan el nombre de gestiones del foro.

Mientras la ley dicta las convenientes reformas en este punto tan interesante, son de saber las formalidades prescritas por las leyes, que provisoriamente nos rigen. Por ellas hay dos clases de testamentos. El uno escrito, ó cerrado, y el otro nuncupativo. ó abierto. El primero es una nota que escribe, ó hace escribir el testador, y cerrándola con una cubierta sellada, llama siete testigos, y ante un escribano les manifiesta ser el contenido de aquella carpeta su última disposicion. Los siete testigos, el testador, y el escribano deben firmar el sobre, y si aquellos no supieren, ó no pudiesen firmar, firmen unos por los otros, de modo que sean ocho las firmas fuera de la del escribano. La cubierta debe ser en papel sellado, que corresponda al acto, segun la disposicion de la ley. Este testamento debe contener el dia, mes, y año en que se otorgó. Los testigos deben ser varones, puberes, y há-

biles para testificar. En cualquiera de estas formalidades que se falte, el testamento será nulo; y lo será tambien si la cubierta se encontrare rota á la muerte del testador.

El testamento nuncupativo. ó abierto, es aquel, que no necesita escritura, sino que por la voz viva declara el testador su voluntad. Esta declaratoria debe hacerse al menos ante tres testigos vecinos del lugar, donde el testamento se hiciere, y un escribano; pero si este no interviene los testigos deberán ser cinco; y en caso que en el lugar no haya escribano, ni puedan reunirse cinco testigos de aquella calidad, bastarán tres que la tengan. Tambien es valido este testamento, si se hace ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni intervenga escribano; pero si el ciego es testador serán necesarios al menos cinco testigos. A mas de lo dicho, se necesitan, como formalidades substanciales en uno, y otro testamento, el que los testigos sean rogados, esto es, que el testador les diga que son llamados para aquel acto: que este ha de concluirse sin interrupcion, pues á cualquiera de estos defectos salta la nulidad. Sobre las formalidades que se necesitan para la apertura del testamento cerrado, y reduccion del abierto á escritura pública, tratan los prácticos.

Hay otra especie de testamento pequeño, á que llaman codicilo. *Codicilo es una nota en que con menos solemnidades declara el hombre su última voluntad sobre cosas, que no son de tanto interes, como las que puede comprehender el testamento.* Sus formalidades son las del testamento nuncipativo, pero aunque es necesario el número de los testigos, no lo es la calidad de las personas, y así pueden en el testificar las mugeres. En el codicilo pueden hacerse declaratorias, y cualquiera mandas; pero no puede nombrarse, ó instituirse heredero, ni exheredar, ni sostituir. Pueden hacer codicilio todos los que pueden testar, y pueden testar todos aquellos, á quienes no se les prohibe, como al pupilo, al loco &c. La prohibicion de testar á los sordos mudos, debe quedar sin efecto: no hay en ellos aquella imposibilidad, que la ley supuso. Por convenciones tácitas, ó expresas entre las naciones cultas están revocadas las leyes, que prohibian testar al extrangero. Privar al hombre de la facultad de testar, como una pena, está abolido: aun el condenado á muerte puede hacer su testamento,

Variada la base de los testamentos, que el derecho romano estableció en la institucion de heredero, han variado tambien las causas, por

que el testamento se anula. El puede hoy claudiçar en la institucion, y ser valido en cuanto á lo demas. La diversidad entre nulo, injusto, roto, irrito, destituido, y reciso, es cuasi de voces. Si hubo incapacidad en el testador, si faltaron las solemnidades substanciales, los herederos legítimos podrán decir de nulidad; pero si alguno es injustamente preterido ó exheredado, si se le disminuye la porcion, que por derecho le corresponde, el podrá quejarse, y usar del remedio que llaman querella de inoficioso, testamento.—Por cualquiera de las causas que se anula una enagenacion entre vivos puede anularse la disposicion de un testamento: la suposicion erronea v. g. de parte del testador dejaría sin efecto su disposicion. He aqui un ejemplo: yo lego á Pedro, marido de mi hija, cierta cantidad: resulta que Pedro, como casado antes con otra, no es legítimo consorte de mi hija; no hay legado.

APENDICE

AL

CAPITULO ANTERIOR.

No ha sido fácil dar á los legados un lugar guardando estrictamente el órden. El es un modo singular de adquirir, pero el ordinariamente viene de los testamentos. *Legado es una manera de donacion, que deja al testador en testamento, ó codicilo.* El puede nacer del placer de beneficencia, del de satisfaccion, ó de otro; pero no es necesario que se exprese, para su validez. El legado no es un contrato, porque como se verá despues, en todo contrato se necesita la intervencion, y consentimiento al menos de dos personas, y en el legado solamente interviene la persona del legante, ó testador. (1) Pueden legar todos los que pueden

---

(1) Bentham hablando de los contratos, numera entre los que contienen disposiciones, y promesas, al legado en fideicomiso. No es fácil entenderse lo que quiso decir; parece que no hubiera diferiencia entre el fideicomiso, y el legado; pero aunque es cierto, que se han abolido las

testar, y pueden ser legatorios todos los que pueden ser herederos. En nuestra doctrina no hay quien no pueda serlo; pero debe advertirse, que aun segun las leyes, que hacen á algunos incapaces de recibir herencias, pueden estos tales recibir legados por via de alimentos. El legado puede dejarse á personas inciertas, al posthumo ageno, á los pobres, á las ciudades, á los establecimientos autorizados. Pueden legarse todas las cosas que están selladas con la propiedad, ó que en lo futuro pueden estarlo; como los frutos aun no nacidos. Pueden legarse no solo las cosas propias, sino tambien las agenas. (1) En este caso debe el heredero haberlas para entregarlas; y sino pudiese conseguirlo, debe indemnizar al legatorio con un valor igual al de la cosa; pero no será asi si

---

formalidades que hacian mas estricta la institucion de uno, que de otro, ha quedado la diferiencia substancial en el modo de instituirlos. El legado es siempre por mandado: el fideicomiso por ruegos, y encargos.

(1) Se equivocó Gregorio IX cuando dijo que el legado de la cosa agena era inicuo, como opuesto á los preceptos del Decálogo. Este papa pensó sin duda que tal disposicion de derecho terminaba á obligar al dueño de la cosa legada á deshacerse de ella. Sus escrúpulos le hicieron dictar el contenido del capítulo 5°. título 26 libro 3°. de las Decretales. Pero esta disposicion no debe hacernos variar.

el testador ignoraba, que la cosa era agena: en tal caso no hay legado, porque se presume que el testador no hubiese legado la cosa. Si el legatorio, á quien se manda una cosa agena, la hizo suya antes de la muerte del testador, debe pagársele por el heredero la estimacion, si la adquirió por un suceso honeroso; pero queda inútil el legado si la adquirió gratuitamente. Dejánse tambien por legado las cosas, que están en prenda ó hipotecadas, y el heredero debe redimirlas para entregárlas al legatorio. Si el testador ha enagenado la cosa de que habia dispuesto por legado, se entiende hecha la revocacion, si la enagenó voluntariamente; pero si lo hizo por necesidad, el legado permanece. En estas especies de legados no se trasfiere la propiedad al legatorio desde la muerte del testador, sino desde la liberacion de la cosa. Puede un testador legar lo que otro le debe, lo que le debe el mismo legatario, y lo que él debe al legatario. Pueden legarse las cosas individualmente, generalmente, y cuantitavemente, v. g. lego mi caballo obscuro, lego un caballo, lego cien pesos. En el primer caso la cosa legada parece para el legatorio: en el segundo caso puede elegir, con tal que no eliga el mejor; lo que podrá hacer, solo cuando se le haya legado tambien la eleccion. Por último;

son legables los hechos lícitos. Con ellos puede gravar el testador al heredero en favor de otro; pero por cuanto á nadie se puede compeler al hecho, tendrá el legatorio accion contra el heredero para ser indemnizado.

El legado puede ser absoluto, por tiempo determinado, ó desde tiempo determinado, bajo condicion, bajo demostracion, bajo causa, ó bajo modo. Absoluto, cuando el legado no pende de ningun evento. Por tiempo determinado, como v. g. por diez años. Desde tiempo determinado, como v. g. despues de un año de tal acontecimiento. En el primero de estos dos casos, es verificable desde la muerte del testador. En el segundo, desde el tiempo asignado. Bajo condicion, cuando pende de algun evento incierto, y entonces, sin su suceso no hay legado. Bajo demostracion, cuando la persona, ó la cosa legada se designa por alguna demostracion v. g. la casa que compré á Juan, la legó al hijo mayor de Antonio. Bajo de causa, cuando se expresa la impulsiva del legado. Bajo de modo, cuando se expresa el fin, para que se hace el legado v. g. lego à Pedro mil pesos para que redifique su casa; en cuyo caso deben entregársele por el heredero, prestando Pedro la caucion de llenar el fin.

CAP. VIII.

DE LOS MEDIOS DE ADQUIRIR DERECHOS SOBRE SERVICIOS.

Hemos distribuido las cosas, resta distribuir los servicios, y ver cuales son los medios de adquirir esta especie de bien, que á veces se confunde con las cosas, y à veces se nos presenta con una forma distinta. Por servicio entiendo aquí, todo lo que puede hacerse en nuestra utilidad, y provecho: así, hacer á un hombre un servicio, es hacer una cosa, que le sea útil, ó impedir, que se haga una, que le perjudique. Son tantas las especies de servicios, cuantos son los medios de ser el hombre útil al hombre, ya procurándole algun bien, ó ya preservándole de algun mal. El comercio social lo constituye este cambio de servicios, y en él unos son forzados, y otros son libres. Servicios forzados son los que manda la ley, y libres los que unicamente dependen de la voluntad del hombre. En el principio todos los servicios fueron libres; gradualmente han ido interviniendo en ellos las leyes, para convertir los mas

importantes en derechos positivos: los otros los han dejado á la virtud, y beneficencia de los individuos, como se dijo en el tratado preparatorio. La ley en este punto se conforma con las circunstancias; y asi vemos que un servicio voluntario entre nosotros, puede ser necesario en otra parte.

A los servicios corresponden los deberes, que se distinguen en políticos, y sociales: los políticos corresponden á los servicios forzados, los sociales á los voluntarios ó libres; éstos son los mismos deberes perfectos, ó imperfectos, que distinguimos antes. Aunque quisiera el legislador no podría hacer sociales todos los servicios, que no le es posible ordenar; porque no le es posible conocer, y definir. A esto se agrega que para castigar la violacion de la ley en ese caso, sería necesario un fastidioso cúmulo de investigaciones, y una multitud de penas, que llenaría de terror á la sociedad. Por otra parte la ley no puede conocer los obstáculos verdaderos: no puede poner en actividad las fuerzas ocultas: no puede crear aquella energía, aquella sobre abundancia de zelo, que superando las dificultades, puede mil veces ir mas allá de lo que se ordena.

Ni por esto es la ley menos perfecta en este punto. Ella prevee la existencia de otra ley *suplementaria*, que no está escrita, sino con los caractéres de la opinion, de las costumbres, de los hábitos. Los deberes que esta ley prescribe, los servicios que ella impone, son los que hemos conocido bajo el nombre de equidad, de patriotismo, de valor, de humanidad, de generosidad, de honor, de desinteres. Á estos no da impulso otra ley, que la que queda descripta. La opinion, las costumbres, los hábitos sancionan penas, y recompensas. No tenemos necesidad de ocurrir á otro principio de obligaciones, á esa ley anterior al hombre, à esa ley divina, á esos estímulos de conciencia; porque todos esos términos, de que usan algunos, si se sujetan á explicaciones mas ó menos largas, se verán reducidos á no significar otra cosa, que el principio de *utilidad*, bienes y males. Esos modos oblicuos, y torcidos de expresarse, son el mejor indicio de la incertidumbre, y la dificultad; y los mas seguros medios de eternizar las disputas.

La especie de servicios, que reluze con mas explendor, consiste en disponer de algun bien en favor de otro. La especie de bien, que se hace mas papel en las sociedades civilizadas, es el dinero, prenda representativa, casi uni-

versal: pocos servicios hay, que por este medio no puedan prestarse: de este modo se hacen confundibles las mas veces los servicios, y las cosas. Los servicios deben exîjirse por diversas relaciones. Hay casos en que deberá exîjirse por la utilidad del que manda, y en esta razon está el señor con respecto al criado. Hay otros en que debe exîjirse el servicio por la utilidad del que obedece: tal es el estado del pupilo con respecto al tutor. Estos dos estados correlativos son los que forman la base de todos los otros. El padre debe ser en ciertos casos el tutor de su hijo, y en otros deben revestirle las relaciones de señor. Los servicios públicos del magistrado, y del ciudadano constituyen otra clase de obligaciones, de que me abstengo tratar. Ademas de estas relaciones constantes, como capaces de una duracion indefinida, hay otras pasageras, y ocasionales, en que la ley puede exîjir de un individuo servicios en favor de otro.

A tres pueden reducirse los medios de adquirir derechos sobre servicios, ó lo que es lo mismo, á tres pueden reducirse las causas, que determinen á la ley á crear algunas obligaciones. Primera: *necesidad superior*. Segunda: *servicio anterior*. Tercera: *pacto, ó convencion*.

Necesidad superior, es decir; *necesidad* de recibir un servicio, *superior* al inconveniente de hacerlo. El cuidado del propio bien estar, es una constante ocupacion del individuo: ella es no menos legitima, que necesaria. Dar al amor de otro un ascendiente sobre el amor asi mismo, serìa lo mas rìdiculo, y funesto; pero hay muchas ocasiones, en que puede darse un grande aumento al bien estar de otro con solo un pequeño y casi imperceptible sacrificio del bien estar propio. Hacer en este caso lo que está en nuestra mano, para estorbar el mal, que vá á caer sobre otro, es un servicio que la ley puede exîjir; y la omision de este servicio en los casos, en que la ley lo ordena, formará una especie de delito, distinto de aquel, que consiste en ser uno la causa instrumental de un mal: un *delito negativo*. Pero emplear un individuo sus servicios por pequeños que sean puede ser un mal: forzarlo á emplearlos, lo es ciertamente; porque toda violencia es un mal. De aquí resulta que para exîjir de uno un servicio en favor de otro, es necesario, que el mal de no recibir el servicio sea tan grande, y el mal de hacerlo sea tan pequeño, que no haya temor de causar el uno por evitar el otro.

Los que no han querido investigar las causas

que determinan á la ley á conferir esta especie de derechos, y crear estas obligaciones, se contentan con ocurrir al almacen general, que se han formado. La *ley natural,* dicen, impone al hombre la obligacion de hacer lo que á otro aprovecha, y á él no le daña. Si nos fuera lícito proveernos de aquel general depósito, nos escusariamos mucho trabajo. Pero la ley puede imponer al individuo la obligacion de hacer en favor de otro ciertos servicios, de que apenas puede seguirse perjuicio al que los hace, cuando se procura un gran bien al que los recibe. La ley que tal ordena, es conforme al principio de utilidad; porque aunque cause un mal, pues toda ley lo causa, el bien que produce es incomparablemente mayor, de manera que restando el mal del bien, la masa total de este queda aumentada.

Estos pequeños servicios son los obligatorios, que pueden exijirse en juicio, cuando los ordena la ley, fundada en la *necesidad superior,* base de estas obligaciones. Las que la ley hace recaer en el padre en favor de sus hijos, son un gravamen para él; pero este mal es nada en comparacion del que resultaria de su abandono. El deber de defender al Estado, puede ser aun mas gravoso; pero si el Estado no es defendido,

no exîstirá : si las contribuciones no se pagan, el gobierno queda disuelto. La ley creando los servicios, los derechos, y las obligaciones que corresponden à cada Estado, hace todo, lo que puede hacer por la utilidad general. La ley obra sábiamente en hacer caer el servicio sobre un individuo, determinado por razon de su posicion particular. Esta da á uno mas que á otro el poder, ó la indinacion de desempeñarlo; y ello hace menos gravoso el servicio : así es que elije para tutores del huérfano á sus parientes ó amigos.

El segundo medio de adquirir derechos sobre servicios, ó la segunda causa que debe influir para que la ley cree obligaciones en un individuo, es el *servicio anterior*, que ha recibido. Este exîje del que ha sacado el provecho una indemnizacion, una recompensa equivalente, en favor del que antes sufrió la carga. No hay mejor título para esto, que el principio de *utilidad*. Otorgada la indemnizacion, ha ganado aun el que la paga, ; si la indemnizacion se negará, quedaría en estado de pérdida el que habia hecho el servicio. Este servicio anterior sirve de base, que justifica muchas clases de obligaciones. El es el que funda los derechos de los padres sobre los servicios de sus hijos : cuando el órden de la naturaleza ha hecho, que

la fuerza de la edad madura, suceda á la flaqueza de la primera edad, cesa en el hijo la necesidad de recibir, y empieza la obligacion de restituir. Cuando el tiempo ha destruido en la muger los atractivos, que guiaron al hombre á unirse con ella en matrimonio, de ese servicio anterior le nace el derecho á la permanencia de la union. En el mismo principio se apoyan los establecimientos, que gravan sobre el público para recompensar à los que han servido al Estado.— Recompensa de servicios pasados—medio de producir servicios futuros.

Para arreglar los intereses en este punto, deberían tomarse tres precauciones. Primera: estorbar que una generosidad hipócrita tiranice, exîjiendo un alto precio por un servicio, que no lo merece, ó que no hubiera querido recibirse, á no haberse creido desinteresado. Segunda: no autorizar à un zelo mercenario á exîjir una recompensa por servicios, que pudiera uno haberse hecho así mismo, ó recibir de otro á menos costa. Tercèra: impedir que recaiga sobre el servido un enjambre de socorredores, á quienes no podría plenamente indemnizarse, sin perder toda la utilidad del servicio. Aunque el conde de Trastamara hubiera repartido todo el reino de Castilla, que quitó á su hermano D. Pedro,

él no habría contentado á todos los que pedian como fieles servidores.

Para que el derecho adquirido sobre un servicio, por razon de un servicio anterior, sea un derecho perfecto; es decir, que pueda demandarse en juicio, es necesario, que la indemnizacion, ó el servicio remuneratorio, sea tambien ordenado por la ley. Pero hay algunos servicios importantísimos, que la ley no puede ordenar, y cuya omision no puede castigar: mandar que el que vea á un hombre que se ahoga, se arroje al agua por salvarle, es un servicio, que la ley no puede imponer: la omision de este servicio no puede ser castigada por la sancion positiva. Razones. Primera: la ley en tal caso se expondría à causar mas males, que bienes, á sacrificar muchas víctimas por salvar una; porque podría ser que muchos temiendo la pena de la ley arrostrarían el peligro en que perecerían. Segunda: porque para castigar la falta de un servicio, es necesario saber, que el individuo tenia poder de hacerlo; y para saberse, para averiguar, si el que había reusado el servicio, había tenido causa legítima para reusarlo, serian necesarias investigaciones, pruebas, procesos interminables: no habría límites, que fijar á la arbitrariedad de los jueces.

La recompensa es el verdadero medio de obtener esta clase de servicios; la pena en comparacion de èl, es un instrumento muy débil; pero esta recompensa no debe fijarse de antemano: si tal se hiciera, se simularìan servicios, y se discurrirían mil medios de lograr recompensas, que no se habian merecido. El gobierno debería premiar esta especie de servicios importantísimos, pero sin señalar el prémio hasta despues, que se haya hecho el servicio, de modo que el prémio pudiese ser equivalente segun las particulares circunstancias, y pudiese la esperanza de obtenerlo, servir de contrapeso á la repugnancia de hacer el servicio. Creo no obstante el mas eficaz medio para obtener esta clase de servicios, el dar mas vigor por la educacion á la *ley suplementaria*, de que antes tratamos. Fíjese la opinion en el heroismo, moralizense las costumbres, y las penas, y recompensas del código social, quedarán aumentadas. Como los deberes de este código no tienen el sello de la ley política, el cumplimiento de ellos es mas brillante, y meritorio; y esto sirve para poner en actividad las fuerzas, para aumentar la energía, para superar las dificultades, y hacer heróicas las virtudes sociales.

El tercer modo de adquirir derechos sobre

servicio, es el *pacto ó convencion*: por tal entendemos el consentimiento, ó la voluntad de dos ó mas personas sobre una misma cosa. Por este consentimiento puede el hombre desprenderse de la libertad, que tiene para hacer, ó no hacer alguna cosa; y este desprendimiento lo aprueba la ley, por las mismas razones que aprueba el desprendimiento de las cosas en la traslacion de ellas. Asi es, que como pueden enagenarse, y permutarse las cosas, pueden enagenarse y permutarse los servicios; y como segun ya hemos dicho, toda enagenacion de cosas produce una utilidad, toda enagenacion de servicios la produce tambien; porque nadie se obliga á un servicio sin que de él le resulte algun provecho, de cualquier órden que sea, aunque no sea mas que el placer de hacer un bien. Recuérdese lo que dijimos en el capítulo 3 sobre los motivos de la traslacion.

De esto nace, que las obligaciones de *dar*, y las obligaciones de *hacer* se contraigan por los mismos medios, y por los mismos medios se acaben. Pero hay una diferiencia entre unas, y otras. El que se ha obligado á dar una cosa, puede ser compelido en juicio á que la dé; mas el que ha prometido un hecho, ó un servicio personal, no puede ser obligado precisamente al

hecho, ó servicio, sino alternativamente à que lo haga; ó à que indemnize al otro de los daños, y perjuicios, que se le hayan seguido, ó siguieren, de no haber prestado el servicio, á que se obligó. Sería un atentado contra la libertad, y dignidad del ciudadano forzarle à un hecho, haciendo una violencia á su persona, cuando por medios pecuniarios puede satisfacer. En esto se ve fundado aquel principio de los juris consultos *ad factum nemo cogi potest*.

Por lo dicho se ve que hemos fundado toda la teoría de las obligaciones sobre la base de la *utilidad*, y hemos cimentado esta nueva obra en los tres principios. *necesidad superior, servicio anterior, pacto, ó convencion.* ¡Quien creyera que para arribar á unas nociones tan sencillas, y familiares, nos ha sido preciso abrirnos un camino nuevo! Hasta los últimos años se habia creido necesario para descubrir el orígen de las obligaciones echarse á nadar en el inmenso piélago de *derecho natural*, de ley preexîstente al hombre, de conciencia íntima, de tácitos contratos, de pactos sociales, &c. Consúltese á los maestros Puffendorf, Bourlamaque, Watel, Locke, Rouseau, y se encontrará, que ellos no han hecho otra cosa.

Sea pues para nosotros la base de toda obligacion la *utilidad*; no nos cansemos de repetirlo. El contrato no produce obligacion porque es contrato: si tal fuera, todos los contratos serían obligatorios, y es constante que algunos no lo son. Esa obligacion nace de que el contrato es sancionado por la ley, y la ley no lo sanciona sino por la útilidad, que resulta de él. El pacto sirve para manifestar la exîstencia de la mutua utilidad de las partes contratantes. Esta razon de útilidad es la primera, y es independiente de la convencion: ella hace su fuerza, y por ella se distinguen los casos en que el contrato debe ser confirmado, ó anulado. Si el contrato fuera por sí una razon, siempre produciría el mismo efecto, pero su tendencia perniciosa le hace nulo, luego su tendencia útil, es la que lo hace válido. A la *utilidad* está reducido todo: aquellos tres motivos de que hemos hablado se refunden en ella.

CAP. IX.

DE LOS CONTRATOS.

El medio mas universal de adquirir derechos sobre servicios, es la *convencion*. Ella es un manantial inagotable de adquisiciones, y cuando aun seguimos tratando de estas, parece que el órden nos conduce sin violencia á tratar de los contratos, de aquellos motivos, ó sucesos legales, que han conocido los antiguos con el nombre de *título justo*. Los contratos no son otra cosa, que convenciones, leyes mas ó menos pasageras, que los particulares proponen y el legislador adopta con tal que sean válidas; esto es, con tal que no sean contrarias al interes público, al de algun tercero, ó al de los mismos contratantes. ¿Pero cuales serán las convenciones que la ley debe autorizar? *Todas*; he aquí una respuesta breve; porque todas esas convenciones privadas llevan siempre la mira de algun provecho recíproco, y no se les puede limitar sin que en proporcion de la restriccion se perjudique la felicidad de los individuos. *Libertad*

entera en los contratos: he aquí la regla general. A los que el legislador debá negar su sancion será siempre por alguna particular razon, tomada de la naturaleza de los contratos mismos. El que ellos contrarien al interés público, al de algun tercero, al de los mismos contratantes, los hace indignos de la aprobacion legal. Estas son las excepciones de aquella regla general: fuera de ellas debe darse entera libertad á los contratos, y dejar que obre el interés individual. La ley debe aquí obrar con franqueza, y no mostrarse mezquina quitando por medios indirectos, y torcidos lo mismo que concedió. Los grandes costos de los procesos, el gravamen del papel sellado, los derechos de registro y otros parecidos, en que siempre encuentra el poder una materia, dispuesta para impuestos, son otros medios oblicuos de trabar la franqueza, con que debe expedirse la ley al sancionar los contratos.

Puede haber en los contratos obligaciones originales ó principales, y obligaciones accesórias ó adjeticias: llamo *originales* á aquellas de que se hace expresa mencion en el contrato, y *accesorias* á aquellas que la ley tiene por conveniente añadir. Las primeras recaen sobre acontecimientos, que las partes contratantes han provisto,

y las segundas sobre acontecimientos que no han podido preveer. Asi es, como la ley ha suplido siempre la poca prevision de los individuos, haciendo por ellos, lo que ellos habrían hecho por sí mismos, si su imaginacion hubiera sido capaz de anticipar la marcha de los sucesos.

Sabia la ley, reconoce estas obligaciones accesorias por lo que son; es decir, por obra de sus manos, y provida las apoya sobre razones sencillas, y verdaderas, sacadas del principio de *utilidad*. Hacer la descomposicion de un contrato, manifestar una á una las piezas, que lo forman, demostrar el monton de obligaciones, que encierra, es una especie de mecánicas sin la que nada se puede adelantar en la materia. La ley impone muchas veces obligaciones adjeticias ó accesorias no solo al autor de la convencion fundamental, sino tambien á otras personas en virtud de alguna relacion, que tienen con la persona principal: de este modo es que las obligaciones suelen pasar á los herederos; no extendiéndose los derechos de estos sino al valor líquido, y neto de los bienes del difunto, es un consiguiente, que en lo demas queden obligados.

Todos los que contratan deben someterse á las condiciones, que prescriben las leyes, y que-

dar ligados con las obligaciones, que son inherentes é inseparables de la naturaleza del contrato, aunque nada hayan expresado sobre ellas. Estas son unas consecuencias precisas de la obligacion principal, de lo que se pactó expresamente. No pueden los contrayentes en este caso excusarse con la ignorancia del derecho: si á esto se diera lugar, el dolo, ó el fraude evadirian todas las obligaciones. A nadie puede excusar la ignorancia de lo que debe saber. En ciertos contratos las leyes de España, y de otras naciones obligan á los escribanos, que los autorizan, á instruir á los contratantes en las obligaciones, con que se ligan, y á expresar en las escrituras, que asi lo han hecho. Convendria, dicen algunos, que esta providencia se generalizase, extendiéndola á todos los contratos, porque entonces todas las obligaciones serían originales, y nada tendría que añadir la ley; pero los que tal discurren no advierten, que esa disposicion causaria en el giro una lentitud que al fin vendría á aniquilarlo. Ellos dan un remedio, peor que la enfermedad.

Sobre esas responsabilidades de que no se ha hecho mencion en el contrato, y nacen de la naturaleza de él, sobre esas obligaciones abjeticias, ó accesorias, la ley establece reglas gene-

rales de una muy fácil aplicacion. En aquellos contratos, v. g. de que solamente resulta bien á uno de los contratantes, el beneficiado deberá responder de todos los daños, que con una diligencia suma hubiera podido evitar. Esta es una consecuencia del principio de utilidad, que enseña, debe ser el daño, de quien es el provecho. Si yo gratuitamente presto á Juan mi caballo, y este perece por una pequeña negligencia, que un hombre diligentísimo hubiera prevenido, Juan debe pagármelo. El agraciado en un contrato queda obligado aun á la culpa levísima; (1) pero no al caso fortuito; y asi es que en el figurado, si el caballo perece porque lo mató un rayo, la pérdida será mia; porque entonces la regla es, que la cosa perece para su dueño. Dos escollos se presentan en la materia, y debe evitarlos el legislador: mal es estrechar mucho los servicios, y malo favorecer los descuidos: si se dá demasiada extension á la responsabilidad, se cae en el primero de estos riesgos: si se restringe la responsabilidad, se corre el segundo.

(1) Se entiende *culpa levísima* la falta de diligencia, ó cuidado que suelen poner los hombres muy prudentes: *culpa leve*, la falta de diligencia, ó cuidado, que acostumbran los hombres prudentes; y *culpa lata*, la falta de aquella diligencia, ó cuidado, que aun los descuidados suelen usar. Esta culpa equivale á dolo.

En aquellos contratos en que resulta útilidad á ambos contrayentes, la responsabilidad no debe ser tan fuerte, y basta cuidar la cosa sobre que se versa el contrato, como un hombre regularmente diligente cuida las suyas; tal sería el caso en que yo alquilase mi caballo. En los contratos, en que la útilidad, resulta solamente al acrehedor, ó al que tiene el derecho, aun es menos la responsabilidad del deudor, ó del obligado: este habrá llenado toda su obligacion, con no dar lugar por una negligencia crasa, ó por malicia, á la pérdida de la cosa sobre que se ha contratado: tal sería el caso en que doy á Pedro mi caballo para que me lo guarde gratuitamente. Pedro en semejante caso solo estarà obligado à la *culpa lata*; impúteme yo à mi mismo, el haber dado á guardar mi caballo á un hombre tan descuidado como Pedro.

Estas reglas, que con una mediana atencion pueden muy bien entenderse, son harto fàciles de aplicar á los casos ocurrentes. Una cosa que yo guardo, tiene una pérdida, ¿soy yo responsable de ella? pregunta el honorable Bentham. Para responder á la cuestion, no se necesita la infinita division de casos, que dice este sábio maestro. El que se haga cargo del título, ó contrato porque está la cosa en mi poder, res-

pondera á ella fácilmente, aplicando las reglas, que quedan sentadas.

Dejando á un lado las sutíles divisiones de pactos desnudos, y vestidos, de pactos adyectos, y prectorios, y sirviéndonos en el particular de regla general la disposicion de una ley española, que dice, que de cualquiera manera, que aparezca, que el hombre quiso obligarse, quede obligado, pasemos à los contratos.

Los contratos son *nominados* ó *innominados*: los primeros son los que tienen un nombre particular, como la compra y venta, la locacion, y conducion, el depósito &c. Los innominados son aquellos que sin tener un nombre particular, tienen una causa civíl de obligacion, y son cuatro: *doy porque dés: doy para que hagas: hago porque hagas: hago porque dés*. Los contratos nominados producen una accion, que tiene el mismo nombre del contrato; v. g. la accion, ó el derecho que tiene el que compra, para pedir se le entregue la cosa comprada, se llama accion de compra, (*actio empti*) y el derecho que tiene el que vende para pedir el precio, se llama accion de venta (*actio venditi*). La accion que producen los contratos innominados, es innominada como ellos, y solo tienen un nom-

bre general: accion al hecho, que llaman los romanistas, *actio prescriptis verbis*. Los contratos nominados se distinguen en *reales, verbales, consensuales, y escriturarios*. Los innominados todos son reales.

Los contratos reales, dichos asi, no porque produzcan una accion real, ó en la cosa, sino porque no se perfeccionan sin la entrega de ella, están reducidos al *mutuo* al *comodato*. ó *préstamo* al *depósito* y á la *prenda*.

Mutuo es dar una cosa fungible para que se haga del que la recibe con obligacion en este á restituirla en el mismo género. Cosas fungibles, se entienden aquellas, que se pesan, se miden, ó se cuentan: *género*, se entiende, lo que en la metafisica se llama especie. De la definicion del mutuo se sigue. Primero: que solo en el dinero y otras cosas fungibles tenga lugar. Segundo: que el mutuo sea una enagenacion, que causa dominio en el que recibe, aunque la tradicion sea *brevi manu*. Tercero: que solo pueden dar en mutuo, los que pueden enagenar. Cuarto: que la restitucion debe hacerse de igual cantidad, y calidad. Si puede el que dà en mutuo, recibir mas de lo que dió por una razon cualquiera, es cuestion que ha ocu-

pado mucho tiempo. Nosotros no debemos separarnos de la regla que hemos dado. La convencion de los contratantes es lo que la ley sanciona. Este contrato ocasiona en el que dá la accion dicha de *mutuo*, por la cual puede repetir del que recibió, y de sus herederos la restitucion de la cosa mutuada del mismo género, y bondad.

El *comodato, ó préstamo es aquel contrato, en el que gratuitamente se dá una cosa no fungible para un determinado uso, que concluido debe la cosa restituirse en especie,* que quiere decir, la misma cosa. El fin para que es dada la cosa en este contrato indica, que él no es un suceso hábil para transferir dominio. Si por el uso que en él se concede, lleva algun precio el que dá la cosa, el contrato degenera en *locacion conduccion*, y se hace bilateral; porque entonces deja de resultar todo el provecho en el comodatario, y todo el servicio en el comodante; pero no será así si el comodatario por una especie de liberalidad dá algo al comodante. En este caso el honorario no hace variar la naturaleza del contrato, como la hace variar el precio convenido. Siendo el *comodato* para un determinado uso, se sigue lo primero: que antes de acabarse el uso no puede el comondante cobrar la cosa; y lo segundo: que no puede el como-

datario aplicarla á otros usos. Este contrato ocasiona dos acciones, que llevan su mismo nombre. Una de *comodato directa*, que corresponde al que dió la cosa para repetirla del que la recibió, y sus herederos, acabado el uso, é igualmente los daños, que se le hayan causado aun por *culpa levísima*. Otra de *comodato contraria* que corresponde al comodatario para repetir la indemnizacion de las expensas, que haya hecho en la cosa, de los daños que haya recibido por algun vicio de ella, que se le ocultó, ó por habérsele quitado esta antes de concluir el uso, para que le fué dada.

Depósito es el contrato por el cual alguno dá á otro una cosa mueble para que se la guarde gratuitamente, con obligacion de restituirla, cuando se la pida. Este contrato no sirve de título para adquirir propiedad: tampoco trasfiere el derecho de usar de la cosa entregada. La utilidad en este contrato es ordinariamente de solo el deponente, y el gravamen de solo el depositario. Interviniendo interés por la guarda de la cosa, puede degenerar este contrato en alquiler, como el comodato, ó en un contrato innominado. El depositario no solo es obligado por la *culpa lata* ó dólo á la indemnizacion, sino que es notado de infamia, porque burla

la esperanza, que hizo nacer la amistad, fundamento ordinario del depósito. No dando el depósito derecho de usar de la cosa, el depositario será responsable de toda responsabilidad, si usa de ella: cuando expresamente se concedió por el deponente facultad de usar de la cosa fungible depositada, el hecho hace que el contrato degenere en mútuo; si tal concesion es tácita, cual se entiende, si se deposita la cosa fungible sin cerrado embase, sin marca &c. usando de ella el depositario, el depósito se hace irregular. En este contrato es fácil designar la ordinaria responsabilidad de los contratantes por las reglas antes dadas; pero si el depositario hace el depósito irregular, si es moroso en entregar la cosa al deponente, él debe responder de la pérdida por cualquier evento.

Hay una especie de depósito á que regularmente dan el nombre de *depósito miserable*; tal es aquel á que obliga la necesidad por razon de un tumulto, de un incendio, de un naufragio, ó casos semejantes. Este depósito tiene de singular el que el depositario por el dólo, ó su equivalente, es obligado al dúplo del valor de la cosa depositada: tal dispone el derecho fundado sin duda en que debe sufrir una pena aquel, que dolosamente añade una afliccion al

afligido, porque ello es ciertamente un delito. Asi lo juzgo al buscar la razon de aquella condena, y creo tambien que en este caso el depositario deberia responder no solo de la *culpa lata*, sino tambien de la leve; porque siendo el depósito necesario, no estando en arbítrio del deponente el escoger la persona en que lo hace, no puede imputarse asi mismo el haber entregado la guarda de la cosa á un negligente: el principio de utilidad asi lo dicta: siempre en el depósito miserable habrá la necesidad de un servicio, superior al inconveniente de hacerlo; y la ley siempre que no halle obstáculos, debe convertir en políticos los servicios sociales. Yo diria tambien que en el depósito miserable puede el depositario llevar precio por la guarda que ha hecho, y que él le será debido por razon de un servicio anterior, que no se puede decir se obligó á prestar gratuitamente, como es ordinario en el depósito; porque en este caso el depositario no puede excusarse de recibir en guarda la cosa. Asi es que á la singularidad que dan al depósito miserable en la responsabilidad al dúplo por el dólo ó *culpa lata*, yo añadiria las diferiencias que he expuesto. El derecho no las previene.

Hay otra especie de depósito á que dan el

nombre de *secuestro*. Se distingue de aquel. Primero: en que puede hacerse por muchos, que disputan el dominio de una cosa. Segundo: que puede hacerse contra la voluntad de los deponentes por mandado del juez. Tercero: que tiene lugar aun en las cosas litigiosas inmuebles. Cuarto: que el *secuestro* no solo es para la guarda de la cosa, sino tambien para su administracion; de consiguiente trasfiere la posesion. Quinto: que pueden *secuestrarse* las personas v. g. en los pleitos de esponsales, y disenso. Es aquí de advertir, que el *secuestro* de la cosa litigiosa mandado por el juez, solo debe tener lugar en los casos de un fundado temor por fuga del deudor, por dilapidacion, ó por otro peligro de pérdida de la cosa; fuera de ellos el *secuestro* es prohibido.

De este contrato como del anterior nacen dos acciones, que llevan su nombre: accion de *depósito directa*, y accion de *depósito contraria*. La primera corresponde al deponente para pedir del depositario, y sus herederos la restitucion de la cosa en especie con todos sus proventos, y el resarcimiento de los daños por *culpa lata*, ó dólo del depositorio. Contra esta accion no hay excepcion de compensacion, ni alguna otra. La segunda se concede al depositario contra

el deponente, y sus herederos por la indemnizacion de impensas hechas en la conservacion de la cosa. Del mismo modo en el *secuestro* corresponden las acciones *secuestraria directa* al que venció en el pleito contra el *secuestre*; y *contraria* á este contra el vencedor por la indemnizacion.

El contrato de *prenda*, es aquel en el cual se entrega al acrehedor una cosa para seguridad de su crédito, el cual cubierto la cosa debe restituirse al deudor en especie. De esta definicion nacen los siguientes axîomas. Primero: que se pueden dar en prenda todas las cosas, que den seguridad al acrehedor. Segundo: que en este contrato sea necesaria la tradicion, que confiere posesion, pero no uso. Tercero: que este contrato sea en útilidad de ambos contratantes. Del primer axîoma se sigue; que se pueden dar en prenda las cosas, y las acciones, las muebles, y las raizes, las propias, y las agenas con consentimiento del dueño; pero no las que están fuera del comercio humano. Del segundo axîoma se sigue: que no pueda el acrehedor á virtud de este contrato usar de la cosa pignorada: el mismo axîoma demuestra la diferencia que hay entre la prenda, y la hipoteca; pues en esta no se entrega la cosa, aunque

con ella se asegure el crédito. Del tercer axîoma se sigue: que ambos contratantes se obliguen á la culpa leve. Este contrato dá al deudor accion de prenda, ó pignoraticia directa contra el acrehedor, y sus herederos pagado el débito, para que le vuelva la misma cosa con sus acciones, y le indemnize de los daños que por su culpa leve haya recibido; y da al acrehedor la accion contraria para repetir del deudor la indemnizacion de las impensas, que haya hecho en la conservacion de la cosa, y de los daños que le haya ocasionado la prenda por ser agena &c.

Aunque hemos visto que los tres últimos contratos producen una accion contraria, que lleva el nombre de ellos, es de advertir, que tal accion es accidental à ellos, de consiguiente que todos los contratos reales son substancialmente unilaterales.

Contratos verbales: no debemos perder el tiempo en investigar lo que eran, cuando ya nada son. Los antiguos decian, que como no bastaba el consentimiento en los contratos reales, sino se seguia la entrega, tampoco bastaba este consentimiento en los contratos verbales, sino se agregaba cierta solemnidad de palabras.

De aquí esas estipulaciones, esas preguntas, y respuestas, sobre que tantas páginas se han llenado. Para nosotros las palabras no serán otra cosa que un signo del sentimiento, y de cualquiera manera que aparezca que el hombre quiso obligarse, debe quedar obligado.

A esta especie de contratos referian los antiguos la *fianza*; y así es que llamaban fiador á aquel que mediante la estipulacion, se obligaba á responder por otro que era obligado. Para nosotros, que segun la regla dada sobre las obligaciones á nada conduce la solemnidad de las palabras, ó las estipulaciones, será fiador el que de cualquiera manera se obligue á responder por otro, que es obligado, no haciendo una novacion, sino alegándose á la obligacion del otro. De aquí nace. Primero: que la fianza es un contrato accesorio de cualquier otro contrato. Segundo: que supuesto este, basta el consentimiento para su existencia. Tercero: que la obligacion, que de ella resulta, es subsidiaria. De lo primero, se sigue que la fianza solo tendrá lugar por aquel que tiene una obligacion cualquiera, sea de dar, ó sea de hacer, siendo extendible aun à las obligaciones de indemnizacion por los delitos: que el fiador no puede obligarse por mas cantidad, aunque si

con mas intensidad : que extinguida la obligacion principal, se acaba la fianza. Se sigue de lo segundo : que pueden ser fiadores, todos los que pueden obligarse ; de consiguiente no lo podrá ser el loco, el mentecato, el pupilo, y menor sin autoridad del tutor, ó consentimiento del curador ; pero la muger no puede obligarse por su marido, bien que pueda obligarse por otro. La prohibicion de poder ser fiadores los clérigos, y militares debe cesar, desde que cesó su fuero personal. De lo tercero, esto es, de ser subsidiaria la obligacion del fiador, se sigue : que no pagando el reo principal, el fiador, ó sus herederos deben hacerlo : que la accion, que corresponde en tal caso al acreedor contra el fiador, sea la misma, que tenia contra el principal deudor : que si son muchos los fiadores de *mancomun é insolidum*, deba pagar aquel contra quien el acreedor se dirija ; que si la fianza se dió solo para cierto tiempo, pasado este, queda extinguida : que tambien lo queda, si hay omision en cobrar el acreedor, cuando el deudor podia pagar : en este caso será lo mas seguro presentarse el fiador al juez para que le releve de la fianza, lo que tambien deberá hacer en el que el deudor empieze á dilapidar sus bienes.

Tres beneficios concede el derecho á los fiadores, beneficio de *division*, beneficio de *órden*, y de *acciones cedibles*. El primero consiste en que siendo dos ó mas los fiadores, no puede uno solo ser reconvenido por el acrehedor á que le entregue el todo; porque solo es cada uno obligado á pagar la parte que le corresponde à prorrata segun el número de los coobligados, á no ser que alguno, ó todos los demas se hallen insolventes; porque en tal caso paga el que tiene por el que no tiene. Si cada uno de los fiadores se obligó de *mancomun, é insolidum*, entonces puede el acrehedor repetir contra cualquiera de ellos. Como de este beneficio puede usar el fiador excepcionándose, se sigue, que si paga el todo, él no le dá derecho para repetir contra sus compañeros lo que á ellos les tocaba pagar; pero podrá hacerlo por el tercer beneficio.

El beneficio de *órden* consiste en que reconvenido el fiador por el acrehedor, puede excepcionarse, porque no está obligado á pagar sin que primero sea reconvenido el deudor, y perseguido hasta el último caso. A este llaman generalmente beneficio de escursion. Cuando el deudor está de manifiesto en estado de insolvencia: cuando se ha ocultado, ó fugado: este beneficio no tiene lugar. El, y el anterior pue-

den renunciarse. El beneficio *de acciones que han de cederse,* sirva al fiador que ha de pagar *insolidum:* mediante él es, que antes que haga el pago, debe el acrehedor cederle la accion, que tiene contra los demas fiadores, y con esa accion cedida, repetir contra sus cofiadores lo que pagó á mas de lo que en prorrota le correspondía. El fiador ó fiadores que han pagado tienen la accion de mandato para cobrar del deudor lo que por él pagaron, si la fianza se dió presente tal deudor; pero si se dió en su ausencia, ignorándolo él, le corresponderá la accion que llaman de negocio hecho por otro *(negotiorum gestorum.)*

Entre los contratos nominados los hay *consensuales,* dichos asi, porque se perfeccionan con solo el consentimiento, y sin necesidad de entrega como en los *reales:* Por lo demas todos los contratos necesitan consentimiento. Todos los contratos consensuales son de buena fé, pero aquí no se entiende buena fé aquella, que se opone al dólo: esta es necesaria siempre. Llamamos de buena fé á los contratos consensuales para distinguirlos de otros que llaman de rigoroso derecho *(stricti juris)*... La diferencia entre unos, y otros consiste, en que en los contratos de buena fé, los contratantes se obligan, no solo á lo que expresamente han pactado, sino tambien

á todo lo accesorio; pero en los de rigoroso derecho solo se obligan á lo que expresamente pactaron, como sucede en todos los contratos innominados.

Contratos consensuales son la compra, y venta—la locacion y conducion—el emphiteusis—la sociedad—el mandato. *Compra y venta* es un contrato consensual de entregar una cosa por cierto precio que ha de dar el que ha de recibir la cosa. A la substancia de este contrato pertenecen. Primero: el consentimiento. Segundo: la cosa sobre que se consiente. Tercero: el precio, en que consiente uno, y otro. De lo primero, se sigue: que el contrato estará perfecto, luego que los contratantes hallan convenido en la cosa, y en el precio, á no ser que traten de hacer escritura de venta; porque entonces, hasta que ella se verifique, no se puede decir perfecto el contrato, y hay lugar de arrepentirse, sin que por esto se mude la substancia del contrato, y deje de ser *consensual;* pues lo que en tal caso sucede, es, que el consentimiento de las partes se difiere, y queda suspenso, hasta el otorgamiento de la escritura; se sigue tambien que antes de perfeccionarse el contrato pueden retraerse, pero no despues. Si en el primer caso se ha dado algo en seña, como suele hacerse,

arrepintiéndose el que la dió, la pierde: si se arrepiente el otro, devuelve lo que recibió con otro tanto; pero despues de perfeccionado el contrato, aunque se avenga el uno á perder la prenda, ó seña, no hay lugar al arrepentimiento. De ser el consentimiento de substancia de este contrato se sigue tambien, que el error substancial, como incompatible con el consentimiento, anule el contrato. De ello hablarémos despues: pero si el error no es substancial, sino pequeño, ó accidental no se anulará la venta, aunque haya lugar á otra accion, que llaman *quanto minoris*, por la cual se pide una parte del precio dado de mas. Del mismo principio se sigue, que á nadie puede obligarse á vender lo suyo, ni á comprar lo ageno. Este sería un ataque á la propiedad, que ni con el pretexto de utilidad pública puede cohonestarse. . . . .

En cuanto á lo segundo: todas las cosas, que son en el comercio nuestro, pueden ser materia de este contrato: pueden venderse todos los bienes, las esperanzas, las cosas futuras, las acciones, las herencias, y hasta las cosas agenas; porque aun no trasfiriendose entonces el dominio de ellas pueden prescribirse; pero no pueden venderse los hombres, las cosas públicas, cuyo uso es comun; ni las cosas litigiosas: si en el litis vence el que

vendió, la venta se ratifica. De lo tercero, esto es, de ser el precio, que consiste en la cantidad de dinero, substancial á este contrato se sigue: que dándose una cosa por otra cosa, no es venta sino permuta: si se dà parte en dinero, parte en otra cosa, si la mayor parte del valor es dinero, será venta, si la menor, será permuta. ¿Y que será cuando uno y otro valor son iguales? Carpzovio sostiene, que es permuta, por cuanto ella como mucho mas antigua, que la compra y venta, es la que debe presumirse en tal caso. Pero no siendo la antigüedad sino la repeticion de los actos, la que induce la presuncion, debemos decir, que en el propuesto caso debe creerse venta, y no permuta entre nosotros. Lo contrario sería en el Paraguay, donde es mas comun la permuta que la venta. Este contrato no se conocía allí ahora cuarenta años.

El precio debe ser *verdadero, justo y cierto*. El precio simulado no hace compra, como en el caso que el marido vendiese algo á la muger, porque en él, como dijimos antes, se supone una donacion que es reprobada: lo mismo será en el caso de cederse acciones por este título. Por *precio justo* entendemos el que no excede ó baja de la mitad del valor. Ultimamente el precio debe ser *cierto*, ó por determinarlo la convencion

de las partes, ó por relacion designada, v. g. *te compro tu caballo por el dinero que tengo en el bolsillo:* tambien puede referirse el precio al que ponga una persona determinada, con tal que sea independiente de los contratantes.

Ya dijimos que de este contrato nacen dos acciones directas; de *compra*, que corresponde al comprador, ó sus herederos contra el vendedor, y los suyos, para pedir la entrega de la cosa, si el precio fue pagado, ó sin este requisito, si la venta fue al fiado; pero el comprador no tiene derecho para repetir la cosa de un tercero poseedor. La cosa debe ser entregada con todos sus frutos, y accesiones, y con abono de los menoscabos, que haya tenido aun por culpa leve del vendedor: á todo esto se extiende la accion de *compra*. La de *venta* corresponde al vendedor y sus herederos contra el comprador y los suyos, para conseguir todo lo que se le debe por razon del contrato; y se le debe por él. Primero: el precio ajustado. Segundo: los intereses del tiempo que ha demorado su entrega. Tercero: el resarcimiento de los daños, que le haya ocasionado el comprador aun por culpa leve. Accidentalmente se origina de este contrato una accion que llaman redivitoria, por la cual si la cosa vendida tiene un vicio, que la inútilize,

puede el comprador exîjir, que el vendedor se reciba de élla, y le devuelva el precio. Seis meses dá la ley para deducir esta acción, despues de hecha la venta. Yo pienso que la ley al poner este término no ha tenido otro objeto, que fijar el que basta para presumir, que la cosa vendida no contrajo el vicio en poder del comprador, sino que venía viciada; y que por lo mismo si aun pasados los seis meses, puede el comprador probar, que al tiempo del contrato tenìa la cosa el defecto, que la inútiliza, habrà lugar á la redivitoria; y no lo habrà aunque se intente dentro de los seis meses, si el vendedor prueba que la cosa era sana al tiempo del contrato. Siendo la razon inductiva de esta accion la falta de consentimiento, ella debe anular el contrato de un modo que no puede el tiempo bastar para hacerlo valido. Claro es que si el comprador supiera, que la cosa que compra tenia un defecto que le inutilizaba para los usos á que intentó destinarla, no la compraría. En tal caso habría para el comprador una pérdida del precio total que entregó, y para el vendedor una ganancia del mismo tamaño: ¿podrá la ley sancionar un contrato de esta clase? No: él forma una excepcion de la regla general, que hemos establecido. El será un contrato de aquellos que los romanistas llaman *ipso jure* nulos.

Hablamos del vicio oculto: si el comprador ha manifestado el vicio, si está patente, no habrá lugar á la redivitoria; porque entonces no puede fundarse la falta de consentimiento: el contrato será válido. La ley que concede los seis meses para la accion redivitoria dispone que pasados estos, y hasta un año, pueda el comprador usar de la accion *cuanto minoris*, y pedir por ella la devolucion de la parte del precio, equivalente al menos valer de la cosa. Aun cuando nos conformemos con esta ley por lo que respecta al término para la accion *cuanto minoris* á virtud de la utilidad, que traerá, fijar un plazo para reclamar el mayor precio dejando en tranquilidad á los vendedores, y quitando á los compradores la ocacion de reclamos capciosos; no podemos hacerlo en cuanto al que fija para la accion redivitoria. Esto sería dar al tiempo un ministerio, que no puede ejercer, haciendo válido un contrato nulo.

Resta saber para quien corre el peligro de la cosa vendida despues de perfeccionado el contrato, y de quien será la utilidad que de ella nazca. Ya se vé que hablamos en el caso, que la cosa no haya sido entregada por el vendedor. Aunque es sabido que en este contrato no se trasfiere el dominio antes de la entrega, y lo es tambien

que la cosa nace y perece para su dueño; el peligro de la cosa vendida, los productos de ella despues de perfeccionado el contrato son para el comprador; la razon es, porque el vendedor en tal caso á pesar de ser dueño, es deudor de la especie vendida, y como tal se liberta pereciendo la cosa, y el comprador sufre la pérdida, como acrehèedor de la misma especie. Produce para él la cosa, porque nada es mas conveniente, que ser los provechos de quien son los daños; pero fallará la pérdida para el comprador en los cuatro siguientes casos. Primero: si hubo en el comprador dólo, culpa lata, ó leve. Segundo: si se hechó sobre sí el riesgo de la cosa. Tercero: si la cosa pereció por un vicio, que ella tenía al tiempo del contrato. Cuarto: si la cosa vendida consistía en número, peso, ó medida, y aun no había sido numerada, pesada, ú mensurada.

Otro contrato consensual es el de *locacion y conduccion*, que se perfecciona por el consentimiento de la una parte à dar alguna cosa para usarla por un determinado tiempo, ó á hacer alguna cosa; y de la otra á dar cierta merced, ó estipendio por el uso de la cosa, ó por las obras á que el otro se obliga. Cuando la materia de este contrato es cosa, que ha de usarse, llama-

mos alquiler, y cuando son las obras, solemos distinguirlo con el nombre de *conchabo*. El alquilador de un campo se llama colono, el de las habitaciones se llama inquilino. Son necesarios en este contrato el consentimiento, el uso de la cosa, ó las obras, y merced ó estipendio. Las reglas dadas para el contrato anterior son acomodables á este, á pesar que se diferiencia de aquel, en que en la compra y venta la cosa se dá siempre, y en este el úso, ó las obras para cierto tiempo, que se determina por convencion de las partes, ô por el úso de la cosa, ó exercicio de las obras, como cuando uno alquila un caballo para ir à San Isidro, ó conchaba un peon para que le labre un campo. Cuando el alquiler es por tiempo determinado, y pasado él sigue el inquilino en el úso de la cosa, y el locador, ó propietario percibiendo la merced, se entiende realquilada la cosa por un igual tiempo. Es muy frecuente entre nosotros el alquiler sin un determinado tiempo. De aquí se originan muchos pleitos, que deberian precaverse, designándose aquel. En el caso, se inclinan los mas en favor del propietario declarando, al arbitrio de este el desalojo de los inquilinos. Yo creo, que siendo un contrato de buena fé, deberian mirarse mucho las circunstancias, los objetos y fines del arrendamiento. Una ley, que fijára

un término v. g. el de dos años para el arriendo de casas, no pactandose otro, sería muy conveniente. De este contrato nacen dos acciones directas una de *locacion* y otra de *conduccion*: aquella corresponde al locador contra el conductor, y sus herederos para repetir la merced, ó estipendio con sus intereses, si ha habido demora; para que le restituya la cosa alquilada, concluido el término del contrato, con los menoscabos, que se le hayan ocasionado por culpa leve; y la de *conduccion* al conductor, y sus herederos contra él locador para que le entregue la cosa al uso contratado, ó haga los servicios á que se obligó; para la indemnizacion de los gastos necesarios, y útiles impendidos en la cosa, y la de los daños, que se le hayan ocasionado al menos por culpa leve.

Enfiteusis es un contrato que participa del de compra, y venta, y del de locacion, y conduccion; pero se diferiencia de uno y otro. En el principio no era mas que un arrendamiento que hacia la república de los terrenos cúltos que le correspondian, para con la pension que por éllo llevaba mantener las cargas públicas. Este es el famoso vectigal de los romanos: ellos conocieron bien la necesidad que tiene un estado de rentas fijas, y lo expuesto que

es atenerse á las contingentes. Ojalá que el nuestro llegue á imitarlos en este punto. Este arrendamiento de terrenos cultos se extendió á los campos incultos, pertenecientes á la república: despues empezaron las ciudades aliadas á hacer lo mismo con los suyos; y como estas imitaron à la república, empezaron los particulares á imitar á una y otras: asi es que para el siglo IV se halló generalizado este contrato, que unos reputaban compra, y venta, y otros locacion, y conduccion. Entonces una ley romana lo declaró un contrato singular, que ni era aquel ni este, y le dió el nombre griego de *Enfiteusis*, tomado de la labranza, y plantacion de los campos incultos, á que el vectigal se había extendido.

Enfiteusis, es un contrato consensual, por el cual se concede á otro el dominio útil de un predio para siempre, ó por un tiempo dilatado, con obligacion en el que lo recibe de pagar una pension anual, al que lo dá, en reconocimiento de su dominio. De ser consensual este contrato se sigue: que quede perfecto con el convenio de las partes sobre el predio, y el cánon. Seguida la tradicion del predio la propiedad útil se transfiere al enfiteuta; y de ello nace, que perciba todos los frutos, todas las útilidades, y aun haga suyo el tesoro, que se encuentre en

el terreno: que pueda imponerle servidumbres, mudarle su superficie, y todo lo demas, con tal de no deteriorarlo en su substancia: que pueda darlo en prenda, permutarlo, donarlo, y aun venderlo, con prévio aviso del señor directo: que lo pueda vindicar de cualquier poseedor: que lo pueda trasferir á otros por título universal, ó singular; bien que en este segundo caso el sucesor debe entregar al señor directo la cincuentena parte del precio, por razon del derecho llamado *laudemio*. Esta cantidad varía segun la costumbre. A estas ventajas que reporta el *enfiteuta*, es un consiguiente, el deber sufrir las cargas inherentes al terreno, pagar las contribuciones, &a.

No pagando el *enfiteuta* el canon anual por tres años seguidos, pierde su derecho y vuelve al señor directo el dominio útil que le trasfirió. Aunque por esterlidad, por incursion de enemigos, ó por otro motivo el terreno se inútilize, el canon debe pagarse; pero destruido el fundo por terremoto, por inundacion, cesa la obligacion de pagar el canon; porque siendo este debido por reconocimiento del dominio directo, acabado este, debe cesar el canon. No solo acaba el *enfiteusis* en los dos casos propuestos, sino tambien por *consolidacion*; es decir,

reuniéndose en un solo individuo ambas propiedades útil, y directa; lo que puede hacerse mediante cualquier suceso legal, por el cual é el *enfiteuta* adquiera dominio directo, ó el señor directo el dominio útil. Perece tambien el *enfiteusis* por la venta, que haga el *enfiteuta* sin dar aviso al señor directo; no porque se requiera su consentimiento para la validéz de la venta, como en los *feudos*, sino por el derecho que tiene á ser en el caso preferido. (Protimiseos.) Si el *enfiteuta* lejos de mejorar el campo lo deteriora de modo que se haga inútil, pierde tambien, el dominio, que tenia, y este vuelve al señor directo. La razon és porque un procedimiento semejante contraría el principal fin de este contrato, que es mejorar con el cultivo los campos incultos. (1)

(1) Entre los modos de acabarse el enfiteusis numeran la prescripcion, y dicen que pasando el enfiteuta, diez años sin pagar, y el señor sin cobrarle ádquiere aquel el dominio pleno: para ello citan una ley del código, y el célebre Heynecio lo asienta formándo argumento con la 15· §. 25 *ff.* de damn., inf. Apesar del respecto que nos merece este sábio juris consulto, no podemos menos que graduar de poco fundada su opinion, y chocante con los principios la disposicion con la ley del código; porque si pasándo el enfiteuta tres años sin pagar, pierde el dominio útil, ó cae en comiso su derecho no se comprende en que pueda fundarse la prescripcion por no pagar en diez.

Nacen de este contrato dos acciones directas: una corresponde al *enfiteuta* contra el señor para que le entregue el predio segun lo convenido; y la otra al señor contra el *enfiteuta* para que le pague el canon, el laudemio, &a. Una y otra accion es personal, y de buena fé, como provenientes de un contrato bilateral. Pero el *enfiteuta* despues que la cosa le es entregada, tiene una accion real, ó vindicativa, que nace de la propiedad útil, que se le trasfirió.

La *sociedad ó compañía* es tambien un contrato comensual, por el que dos, ó mas convienen en hacer comunes sus cosas, ó sus obras para que sea comun el lúcro de ellas. Como es consiguiente á su naturaleza se perfecciona este contrato con solo el consentimiento; y aunque en su consecuencia deben los socios hacer entrega de las cosas, sobre que la han formado, esta entrega no es de substancia del contrato, sino un efecto de él, como en la compra, y venta. La compañía puede ser *universal, general, y singular*. Será *universal,* cuando los asociados convienen en que todos sus bienes presentes, y futuros de cualquier modo que los adquieran sean comunes. Tal era, la de los primeros cristianos: ellos hacian de tal modo comunes todos sus bienes que ninguno podia decir esto es mio;

(act. ap. cap. 4 v. 32) y tales tambien las que hemos conocido entre los menges y frailes zenobitas. No ha podido formarse una combinacion mas contraria al principio de utilidad, que estas compañías. Ellas han sido siempre una fuente perenne de discordias, que lejos de poner á los interesados en un estado de satisfaccion, y de goce, los ha puesto en un estado de descontento, y de engañadas esperanzas. No es general hoy el espíritu de los primeros cristianos; y esas comunidades de bienes han de producir por necesidad gravisimos inconvenientes, tanto para los socios, que tienen derecho á disfrutar la propiedad, cuanto para la propiedad misma. En aquellas discordias, contiendas, y pleitos continuos vence siempre el mas fuerte, el padre mas grave, el que tenga mejores relaciones; y bajo una igualdad aparente se encubre una desigualdad real. Males para la propiedad misma; porque descuidada por todos, es forzoso que cada dia se desmejore. Nada ha estado mas à nuestra vista, que el ningun producir de esos bienes de comunidad, en comparacion de otros, que están al cuidado, y bajo la proteccion, y custodia del interés individual: los socios de esas comunidades miran sus bienes como propios para el aprovechamiento, y como agenos para el cultivo. Esto será siem-

pre un estorbo á los progresos del agricultura.

No se dan los mismos inconvenientes en la comunidad de bienes, donde la hay entre el marido y la muger. Ellos no solo están destinados á vivir juntos, sino á cultivar juntos por su propio interes, y por el de sus hijos. Por otra parte en el caso de contrariarse sus voluntades, la discordia no puede durar mucho, ya porque.... y ya tambien porque la ley ha confiado al marido el derecho de decidir. (Cuestion 3. Cap. 3. Parte primera.

Tampoco hay aquellos inconvenientes en la sociedad universal entre comerciantes; porque el objeto de estas comunidades es la adquisicion, y no el goce. Cuando se trata de adquirir los compañeros tienen un mismo, y un solo interés; pero cuando se trata de gozar, y consumir, cada individuo es independiente del otro. A mas en esas sociedades mercantíles, es por lo regular corto el número de socios, se reunen, y eligen unos á otros libremente, y pueden separarse; no asi las sociedades religiosas; su objeto no es la adquisicion: comunidad para consumir; cada uno aspira á gozar, no á adquirir: su compañía no es de eleccion; para ella no se necesita cono-

cimiento, y exâmen de las personas: en el mayor número de bolillos blancos se ha hecho por lo regular consistir la admision de un compañero, á quien despues no se puede separar.

En las compañías universales no es necesario que se siga la tradicion de las cosas: ella se entiende hecha; pero los nombres: esto es, todas las acciones no solo se entregan por medio de los respectivos documentos, sino que mutuamente se ceden, á virtud de lo que llamamos *endozar*. Compañía *general* es, en la que los socios se comunican mutuamente todas las ganancias, que adquieren con su industria, y trabajo; pero no las que les vienen por beneficio de la fortuna. Esta es la sociedad conyugal que se conoce entre nosotros. Todo lo que los conyuges adquieren durante el matrimonio, es comun à ambos; pero lo que á cualquiera viene por una herencia, v. g. es particularmente suyo. Compañía singular es la que se entabla sobre una cosa, ó sobre un negocio: es la mas frecuente en el comercio, y no deja de ser singular, por que sean muchos los socios.

Puede la compañía establecerse, y será válida, aunque los socios contribuyan con cantidades desiguales; y lo mismo será si el uno pone la

cosa, ó el dinero, y el otro solo su industria ó trabajo. Esta especie de compañía es muy comun en esta plaza: á pesar de ello nuestros comerciantes no dejan de equivocarla, con la que llaman *habilitacion*, que no es otra cosa, que un mutuo, si la habilitacion consiste en dinero, ó una venta al fiado, si consiste en efectos. ¡Cuantos errores cometen los jueces comerciantes por no saber distinguir estas cosas! Las obras, á que en este contrato se obliga el socio, deben ser lícitas. El que uno se obligue à contribuir con su sagacidad para engañar á los demas comerciantes, ó para defraudar los derechos al estado, no constituye compañía. Los mancebos ó mozos de tienda, los dependientes de las casas de comercio, que contribuyen con su trabajo, é industria por un salario, no son compañeros. Ellos nada pueden perder en la negociacion: pueden cobrar de la compañía sus salarios por la accion de locacion, no por la de compañía. La convencion para que uno participe del lucro, sin ser parte en sufrir la pérdida, es de ningun valor. Esta es la compañía que se llama *leonina* desde la fábula de Fedro.

Los socios se obligan á la *culpa leve;* esto es, por la falta de diligencia, que cada uno suele poner en sus negocios, aunque no sea la ordi-

naria de què acostumbra usar un diligente padre de familias. Los juristas llaman á la primera *culpa leve en concreto*, y á la segunda *culpa leve en abstracto*. El obligarse los socios solo á aquella consiste, en que su diligencia sea cual fuese, fué la elegida para la sociedad, y con ella deben contentarse los consocios, que la eligieron. El dólo ó culpa lata en este contrato produce la nota de infame, porque se falta á la fraternidad, que le constituyó entre los compañeros. Reconvenido un compañero en negocio de la sociedad, y vencido en juicio, no está obligado á mas, que á lo que sea del fondo social; y á esto llaman beneficio de competencia.

En la compañía *universal* todo es comun, aunque las facultades sean diversas, y el un socio, gaste mas que el otro: en la *general*, solo lo ganado con la industria, y trabajo: en la compañía *singular* debe guardarse una perfecta igualdad. En ella si los contratantes nada han expresado, el provecho, y daño es partible á prorrata de lo que cada uno puso: si expresaron lo que á cada uno ha de tocar, ello debe observarse. Cuando uno concurre á la compañía con la cosa, y el otro con sus obras, el provecho y daño es comun, pero no el capital.

Acabada la sociedad, se dividen las cosas comunes. La sociedad se acaba. Primero: con la muerte del socio: élla no pasa al heredero, aunque pasan las obligaciones, que contrajo su autor en la compañía. Segundo: por mútuo discenso: nada es mas conforme que esta disolucion. Tercero: por la renuncia de alguno: esto es particular, pues en los demas contratos ninguno se liberta contra la voluntad del contratante: esta particular disposicion del derecho está fundada en claros principios de conveniencia. Toda compañía es por lo general un semillero de discordias: disgustado un socio, todo se volvería pleitos; y este grave mal debe precaverlo la ley con el menor de permitir en el caso la separacion; pero no será así si la separacion se intenta con claro dolo, como sería la de un socio, que tratase de separarse de la compañía universal, por saber le estaba próxima la adquisicion de una pingüe herencia. Cuarto: se acaba la compañía fenecido el negocio para que se entabló. Quinto: concluido el tiempo porque convinieron asociarse. Sexto: si el socio hace cesion de bienes, ó le son confiscados: no quedándole nada, no hay sobre que siga la compañía. Séptimo: pereciendo la cosa sobre que se tenía. En los casos que se han expresado,

concluida la sociedad para uno, pueden los demas seguir en ella.

De este contrato nace la accion de sociedad directa para unos y otros. Ella sirve para pedir del socio aquello á que se comprometió; pero no es con ella, con la que acabada la compañía, puede pedirse la division de los bienes. Para esto debe usarse del derecho de dividir lo comun, (*actio commune dividundo.*)

El último contrato consensual es el *mandato.* Antes que la ley hiciese necesarias las obligaciones, que trae consigo este contrato; cuando él no era mas que un deber de amistad, se usaba, que el que encargaba un negocio, y el que se hacía cargo de desempeñarlo, se daban la mano en señal del cumplimiento del encargo. De esta dacion de manos, que muy generalmente se usa como signo de un empeño, tomó el nombre de mandato, que aun conserva: no debemos pues confundirlo con el precepto, ó mandamiento. El es un contrato consensual por el que à virtud de la confianza, que de otro se tiene, se le encarga la expedicion de un negocio honesto, que el otro se obliga desempeñar gratuitamente.

Este contrato se parece al de locacion de obras; pero debiendo desempeñarse gratuitamente, se vé que no es el mismo: se diferencia de la agencia de negocios, *(negotiorum gestio)* porque para esta, no se necesita encargo: ausente é ignorante el dueño del negocio, puede emprenderse por otro. El mandato puede ser expreso ó tácito, y tal será si presente el interesado permite que otro gestione por él. Puede ser el mandato para todos los negocios, y para uno determinado: aquel es mandato general, este especial. Puede ser para un asunto judicial, ó para un asunto doméstico, y extrajudicial: puede ser puro, condicional, ó para dia determinado: puede por último ser el mandato para cosa propia, ó para cosa agena; esto es, en utilidad de mandatario, ó en utilidad de otro. Lo primero será, si uno v. g. encomienda á otro la cobranza de un crédito que le ha cedido; si él consigue cobrar, habrà sido un mandatario en su propia utilidad. De la definicion del mandato se sigue. Primero: que él se contrae con solo el consentimiento. Segundo: que solo pueden mandarse las cosas lícitas: no siendo así, ninguna obligacion se contrae. Tercero: que por él no se puede llevar extipendio, aunque pueda recibirse honorario. Cuarto: que el mandatario no puede traspasar los fines del mandato: en lo

que exceda, no está obligado el mandante. Quinto: habiendo en este contrato una singular confianza, que se tiene de la persona del mandatario, él no puede sostituir; pero si sostituye, y el sostituto giró bien el negocio, el mandante queda obligado, aunque no por la accion de mandato. Sexto: por obligarse expontaneamente el mandatario á la expedicion de un negocio, en que se necesita una diligencia suma, queda obligado á la culpa levísima. Séptimo: por el dolo, y culpa lata es notado de infamia; porque esto merece el que burla las esperanzas de la amistad.

De cuatro modos se acaba el mandato. Primero: por mútuo discenso. Segundo: por revocacion, que haga el mandante antes de haber el mandatario empezado á desempeñar el negocio. Tercero: por oportuna, y justa renuncia del mandatario. Cuarto: por muerte de alguno de ellos. De este contrato nacen dos acciones, de su nombre, de mandato directa, y de mandato contraria. La primera corresponde al mandante contra el mandatario, para que gestione en el negocio, le rinda cuentas, le entregue las cosas adquiridas en él, en suma para todo aquello á que el mandatario se obligó. La segunda corresponde al mandatario contra el mandante por la in-

demnizacion, como es natural á todas las acciones contrarias.

No solo Justiniano, y los antiguos juris-consultos, sinó tambien célebres autores de nuestra época han dado á la donacion entre vivos el caràcter de modo de adquirir. Ellos no alegan mas razon, que la autoridad de los que les precedieron: les habríamos agradecido, si nos hubieran ahorrado el trabajo de tener que descomponer esta substancia, para buscar su esencia. En el capítulo 5 manifestamos que la donacion entre vivos no era un modo de adquirir; pero le concedimos la calidad de ser un suceso, que da dominio por medio de la tradiccion. Los modernos, que tan sábiamente han demostrado el error en que cayó Justiniano al colocar á la donacion entre los modos de adquirir domino sin entrega, se valen del mismo para darle un lugar entre los contratos verbales, y de él *dabis? dabo,* hacen nacer la accion *ex-stipulatu;* pero nosotros que dándo en este capítulo un mayor ensanche á la constitucion del emperador Leon, hemos desterrado al lugar, que se merecen aquellos contratos consistentes en formalidad de palabras, no podemos ser inconsecuentes, y estamos en la necesidad de colocar á la donacion en otro lugar, que créemos debido á su naturaleza.

Todos convienen en que la donacion hace producir en el donante un deber, y en el donatario un derecho, despues que la donacion es aceptada: esto es, luego que aquel ha consentido en dar, y este en recibir. Los romanistas no lo pueden negar, sino cierran los ojos para no ver la disposicion de Constantino, que se inserta en la ley 25 de este título. No es de atribuir esta obligacion del donante al principio de *necesidad superior*, ni tampoco al de *servicio anterior*: si uno ú otro se supone capaz de producir un perfecto derecho en el que la ha de recibir, ya no será donacion; porque esta segun ellos debe ser *nulo jure cogente*. La ley como hemos desmostrado en el capítulo anterior, no se mueve á imponer obligaciones sino por los dos principios referidos, ó por el de la *convencion*. Por la convencion pues se obliga el donante á entregar la cosa al donatario, es decir por un contrato. En esto no puede haber duda. Un deber del que lo niege, será designar otro principio, de que pueda partir aquella obligacion.

¿Pero à que clase corresponderá este contrato? Lo dicho antes dá la respuesta. Desde principios del siglo 4. no se necesitó la entrega para que la donacion quedase perfecta: de consiguiente no es un contrato real. La formalidad de

palabras que para ello se exijia; el *dabis? dabo,* á que la sujetó Justiniano, es inútil; porque el hombre se obliga de cualquier modo que quiere obligarse; pero ella es un contrato, y nó puede menos que ser consensual. A nadie he visto que la clasifique asì; pero tampoco he visto á alguno que le dé un lugar que me satisfaga, despues de las variaciones que ha sufrido el derecho en està parte. La idea será censurada como nueva: poco importa: si ella dá ocasion á que la materia se trate por principios, se analize la donacion considerada como es hoy, y el raciocinio de los inteligentes descubre el lugar en que deba colocarse; entonces, aun dándole otro, que el que le damos, habremos ganado.

Es pues la *donacion un contrato consensual por el que uno se conviene en dar liberalmente algo á otro, que se conviene en recibir.* El contrato queda perfecto con este mútuo consentimiento, y produce una accion, que podemos llamar de donacion; con ella puede el donatario, y sus herederos repetir del donante y los suyos la entrega de la cosa, que se convino en dar, con todos los productos desde el acto de su aceptacion. Como es un contrato en que toda la obligacion, carga en el donante, pereciendo la cosa en su poder será obligado á la equivalencia, solo cuando tal

suceda por su culpa lata, ó dolo: en los demas casos queda libre, y la cosa perece para el donatario por las mismas razones, que dimos tratando de la pérdida de la cosa vendida en poder del vendedor. Produce al donante la accion contraria para repetir del donatario las impensas en la conservacion de la cosa desde que la aceptó. La ley sancionando obligacion del donante se conduce por el principio de utilidad, como hemos dicho lo hace al sancionar la de cualquiera permuta. El donante se mueve por un motivo, esto es, por un placer de beneficencia, ó de amistad, y este placer lo avalora en mas, que la cosa, de que se enagena, sinó, no la donára: fuera de esto, puede su libertad envolver una esperanza de remuneracion, y puede llevar tambien la de la sancion moral, *placer de reputacion*. Adquisicion de nuevos goces, y placeres para los contratantes, es lo que encontramos en la donacion.

Pueden donar todos los que pueden libremente enagenar. Puede aceptar la donacion toda persona, distinta del donante. Siendo la donacion una liberalidad ejercida en favor de otro, es un consiguiente, que lo que se dona, sea de alguna utilidad al donatario; y así es que puede donarse todo lo que pueda ser útil al hombre, las

cosas, los derechos, los bienes presentes, los futuros, y hasta lo ageno, puede donarse, sirviendo al que con buena fé lo recibe para adquirir por prescripcion.

La donacion de que hablamos es irrevocable, pero como apenas hay regla en la jurisprudencia, que no esté sujeta á alguna excepcion, pone por revocable el derecho. Primero: la donacion que perjudica á la legítima de los hijos, y á esta llama *inoficiosa*. Segundo: la que pasa de 500 sólidos, (500 maravedis de oro dice la ley española) y no es judicialmente insinuada, formándose de ella escritura. Tercero: cuando el donatario es ingrato. Cuarto: cuando al donante despues de la donacion le han nacido hijos. Asi lo disponen las leyes: apesar de ello, yo encuentro infundada la primera excepcion: hablamos de la donacion entre vivos, y no hay legítima de hijos, viviendo el padre. Tampoco encuentro fundada la segunda. La determinacion de esa cantidad no tiene objeto: ella puede ser excesiva respecto de un donante, y puede ser pequeña respecto de otro: mas, si el hombre puede sin insinuacion donar irrevocablemente á uno cuatrocientos, á otro, y otros, igual cantidad; ¿por qué no podrá donar à uno solo quinientos? Cuanto mayor sea la cantidad donada, tanto ma-

yor será el placer del donante; y no hay una razon para que la ley ponga tasa á los placeres, que el hombre puede, digámoslo asi, comprarse con sus bienes. El temor de que el hombre llegue á perecer por su liberalidad es muy débil. Ninguno será tan tonto, que dé, lo que le es necesario; y si la ley, como hemos dicho hablando de sus objetos, nada tiene que hacer directamente, para obligar al hombre á procurarse la subsistencia; nada tampoco tendrá que hacer para obligarle á que no se quede sin ella por liberal. A esto se agrega, que ese temor queda reducido á nada, atento el beneficio de competencia, que concede el mismo derecho à los donantes de todos sus bienes, para no ser obligados á la entrega de lo necesario para subsistir. Lo que se hace mas notable en este particular es la contradiccion del derecho: unas leyes hacen revocables las donaciones excesivas sin insinuacion; y otras dicen, que por mas cuantiosa que sea aquella, será irrevocable sin dicha formalidad, si es hecha para ciertos objetos, como para redimir cautivos cristianos. Yo no encuentro, que el capital del donante se disminuya menos, cuando la donacion tiene ese objeto, que cuando tiene otro indiferente.

La ingratitud del donatario, es la tercera cau-

sa para hacer revocable la donacion. Si por ingratitud se entiende el olvido del beneficio recibido, el no hacer bien pudiendo, el no recompensar; la excepcion de la ley no tiene lugar. La gratitud es sin duda una virtud, es un deber; pero es solo un deber social, de aquellos á que no se dirije la ley civil. El ingrato de este modo será penado por la ley suplementaria, de que hablamos en el capítulo anterior: él sufrirá el fallo de la sancion moral, mas su ingratitud no será bastante causa para la revocatoria de la donacion. Cuando la ley dice, que pueda el donante revocar la donacion por la ingratitud del donatario, habla de aquella ingratitud constituida por injurias graves, que el donatario haga al donante, ó por grave daño, que intencionadamente le haga en sus bienes. La ley, que ha podido hacer un deber necesario, no hacer mal à otro, é imponer penas al que quebranta este precepto, ha debido agravar esta pena, cuando es mayor el delito. Mal hace el que daña á otro, pero hace mas mal el que daña á su benefactor; porque á mas del daño consiguiente á su hecho, le causa un sentimiento, una nueva pena en la burla de sus esperanzas: pena mucho mayor, que el placer que recibió al hacer el beneficio. Como esta accion de revocatoria envuelve la personal vindicacion, no usàndose de ella, se

supone remitida; y asi es que no pasa á los herederos del donante, ni se puede deducir contra los del donatario.

La ley del derecho comun (1) de que generalmente han deducido los expositores la revocacion de la donacion por el hecho de nacer despues de ella hijos al donante, ha dado ocasion á escribir muchas pàginas. El erúdito Tiraquelo formó sobre ella un prolijo comentario. El, siguiendo á los que le precedieron, generalizó la disposicion de aquella ley á todo caso de supernacencia de hijos. Los juris-consultos modernos procediendo con mas crítica han demostrado, que ella no habla sino del caso especial, en que le nascan hijos al patrono, despues de haber donado á sus libertos todo, ó gran parte de su caudal. La ley española (2) ha seguido la opinion de los primeros; pero ella nos da ocasion á discurrir: *muevénse* (dice) *los omes á las vegadas á facer donaciones, porque non han fijos, nin han esperanza de los aver.*—Podemos decir, que si la donacion se motiva de ese modo, ella debe quedar revocada con solo el hecho de nacer hijos al donante, como dispone dicha ley;

(1) L. 8. cod. de revoc. don.

(2) L. 8. tit. 4. part. 5.

pero si la donacion es pura, absoluta, y sin contemplacion á supernacencia de hijos, no es revocable, aunque suceda. La ley misma lo indica así, pues al disponer la revocacion dice: *e por ende decimos que si alguno por tal razon* (por no tener hijos ni esperanza de tenerlos) *diese á otro todo* &c. En tal caso la revocatoria es hija de un por venir, que se contenía en el consentimiento (1.)

Los contratos, cualquiera que sea la clase á que pertenezcan, se dividen en puros, condicionales, ó con dia, *in diem*: los primeros son los que se contraen sin circunstancia alguna, agena de la naturaleza del contrato: los condicionales son los que se contraen bajo cierta condicion, ó calidad: los con dia, ó *in diem*, son los que se celebran con señalamiento del tiempo, en que deben cumplirse. Los contratos puros, en el momento que están perfeccionados, producen obligacion: los condicionales no la producen, hasta que no se verifica la condi-

(1) Puede decirse que la donacion en ese caso está sujeta á una condicion negativa, y que aunque por ella no deba suspenderse la entrega de la cosa al donatario, dicha entrega se entiende con la caucion de devolver la cosa donada, si nacen hijos al donante. Así entienden los romanistas la caucion Muciana de que habla una ley del Digesto.

cion; y los *in diem*, aunque desde luego producen obligacion, y accion, esta no es eficaz antes que llegue el dia, y puede ser repelida por una excepcion. Lo que en cuanto á esto se dice de los contratos, debe entenderse de toda disposicion traslativa de dominio excepto en el heredero necesario, al cual solo puede ponérsele condicion, que esté en su mano cumplir.

Condicion es una circunstancia, que suspende un acto hasta la verificacion de un suceso futuro. (1) Puede ser potestativa, casual, y mixta: potestativa, aquella cuyo cumplimiento está en las facultades del interesado: casual, la que pende de un hecho que puede suceder; y mixta la que toma de una, y otra. Las condiciones inhonestas, como chocantes con el principio de utilidad, no tienen virtud suspensiva: se dan por no puestas.

Debemos cerrar este capítulo con las causas que invalidan los contratos, y hacen nulas las enagenaciones, y permutas. Ya dijimos, que hay casos, en que la ley no debe sancionarlos, y en que mirando el interés de las partes, de

(1) No hay condiciones físicamente imposibles, como aseguran los autores.

un tercero, ó del público, debe reglar sus disposiciones, como sino existiera la convencion. Estas causas pueden reducirse á las siguientes. Primera: *reticencia indevida*: esta produce evidentemente una falta de consentimiento, en el que recibe, nacido de callar los defectos de la cosa el que dá. Si un comprador, v. g. supiera que la cosa, que compra tenia los defectos, que oculta, y le calló el vendedor, defectos, que tal vez hacen inutil la cosa para los usos, á que quiere destinarlas, él no la habria comprado; de modo que falta en el contrato el consentimiento, que es su principal constitutivo. En tal caso, debemos tambien tener presente, que el que recibe ha tenido una pèrdida total, y es preciso que experimente un arrepentimiento, nacido de la pena de la esperanza engañada; y aunque es verdad, que el otro en el mismo caso ha tenido una ganancia, es menester tener siempre en mira, que bien de ganancia no es equivalente á mal de pérdida. Segunda: *el fraude*; jamas debe la ley permitir una adquisicion fraudulenta, si es que la puede estorbar: ella es un delito, que se acerca mucho al hurto. A mas, aquí obra tambien la razon del caso anterior: el mal para el comprador, es mayor que el bien para el vendedor. Tercera: la *coercion indevida, ó la fuerza*: esta

causa, como las antecedentes, es incompatible con el consentimiento. Adquirir por engaño, ó por fuerza, mas es robar que contratar; y por eso es, que las leyes, á mas de anular en estos casos los contratos, imponen una pena al culpado. Cuarta: *el soborno*, entendiéndose por tal el premio de un servicio, que consiste en cometer un delito. Supongamos que Pedro ofrece á Juan una cantidad, porque preste una declaracion falsa. En este trato hay ventaja para el sobornado, y ventaja para el sobernador; pero las dos ventajas juntas no hacen un bien tan grande, como el mal que ocasionan. Qüinta; *suposicion erronea de obligacion*: entregar uno lo que tiene, creyendo falsamente, que está obligado á entregarlo, es á lo que decimos, enagenar por suposicion erronea de obligacion legal. Este es un error que excluye al consentimiento: es tan incompatible con el, como lo es el error sobre la cosa, sobre el objeto ó materia del contrato; porque es claro, que si el que entregó la cosa, no creyese que era obligado á entregarla, no habria consentido en hacerlo: la enagenacion no se habria seguido. La ley no ha podido sancionar tales enagenaciones; y asi es que descubierto el error, la cosa debe devolverse: de no ser así, el que la recibió haría una ganancia inesperada, naci-

da de la inespetada pérdida del que la entregó; y como hemos repetido muchas veces, *bien de ganancia* no es comparable con *mal de pérdida.*

La obligacion, que impone la ley de devolver la cosa aquel, que la recibió en la persuacion de ser acrehedor á ella, no lo siendo, debe atribuirse á esta causa. Esto es mas claro, mas natural, y mas sencillo que las duplicadas ficciones, de que se han valido los antiguos, cuando tratan de encontrar el principio de esa obligacion. Justiniano en el título 28. libro 3. de las instituciones mezcló entre otras quimeras, á que llamó *quasi contratos,* la solucion de lo no debido: sus comentaristas se han despestañado, por darles existencia, y han trabajado no poco, para manifestar la habilidad, con que entre ellas ingirió el Emperador la *solucion de lo no debido.* El resultado de sus tareas no ha pasado de suponer un consentimiento, donde no lo hay, ni pudo haberlo; *ex-presumpto consensu,* dicen, que obligan los llamados *quasi contratos.* Ellos fingen un consentimiento, cual es necesario, para obligarse, en un loco, en un infante, y de aquí arrancan la accion del tutor: ellos, á pesar de que la ignorancia excluye el consentimiento, fingen que el que recibió, lo que no se le debia,

en la creencia que le era debido, consintió en devolver. No habiendo ellos conocido otro principio de obligacion, que el *contrato*, eran necesitados de toda esa metafisica para expedirse sobre el texto, que no se han atrevido à contradecir. La *necesidad superior*, y el *servicio anterior* hacen conocer, y explican el orígen de las obligaciones, de que trata Justiniano en aquel título, sin necesidad de ficciones.

La sexta causa es la *suposicion erronea del valor* de una cosa, que se enagena; pero esto debe entenderse, cuando la suposicion erronea del valor, nace del error en la materia, ó substancia de la cosa; v. g. si vendo un vaso de plata en la creencia que es de estaño; porque entonces la venta será nula por defecto de consentimiento; mas si el error recae solamente sobre calidades accesorias de la cosa, la venta, ó enagenacion será válida, aunque venda por diez lo que vale veinte.

Anular las enagenaciones por pérdidas accidentales sería en general prohibirlas; nadie querría comprar, ni vender, si á cada pérdida del contratante hubiera de anularse su contrato. Vendan, permuten todos, pero sepan que han de permutarse las cosas por lo que son, para que

las permutas sean firmes: sepa el orive, que no ha de vender semilor por oro; sepa el joyero que no ha de vender un pedazo de cristal por diamante. Asi se desterrará el engaño, y se multiplicarán las permutas, garantida por la ley la buena fé que debe intervenir en ellas.

La séptima causa de la nulidad de las permutas, es *el entredicho*, ó la prohibicion anticipada, que hace la ley. La infancia, la demencia, la prodigalidad, se han hecho dignas de ella. Lo que es un niño por un tiempo, que puede determinarse, lo es un loco por un tiempo indeterminable: los niños, los insensatos son naturalmente ó ignorantes, ó temerarios, ó pródigos. El consentimiento de estas personas, es un consentimiento aparente: no es verdadero, no es libre; pues carecen de razon para deliberar, y conocer sus intereses: podrán presentarse algunas excepciones, podrán suceder particulares casos; pero ellos no harán, que la regla general sea menos cierta. Hay sin embango entre los contratos de estas personas la siguiente diferencia. Los de los niños, y los locos son nulos, aunque el magistrado no los haya prohibido: la infancia, y la locura son calidades, que están à la vista. Los contratos de los pródigos son válidos, si una sentencia pronunciada con conoci-

miento de causa, no los ha entredicho. (1) Como la prodigalidad es equivocable, y se confunde muchas veces con la liberalidad, se hace necesaria aquella declaratoria, para reputar á un individuo verdaderamente pródigo.

El entredicho en estas tres clases solo comprehende á las permutas de alguna consideracion: extenderlo á cosas pequeñas sería una pena indebida: privar á los niños de comprar aquellos juguetes, y golosinas, á que regularmente los arrastra su edad, serìa demasiado ridículo. (2) En algunas partes se ha extendido la interdiccion à la enagenacion de bienes raices en favor de un extrangero: han temido los legisladores, y han mirado como peligrosas estas permutas. Yo creo infundado este temor. Un extrangero que se afinca en mi país, parece que quiere dejar de serlo: él constituyéndose con bienes raices, dá una prueba de su afecto, y lo asegura con una prenda: á mas, el país no puede dejar de ganar, aunque no sea en mas, que en la perpetuidad de la contribucion. La prohibicion de la venta libre de ciertas drogas,

(1) Sentencia harto difícil de pronunciarse con acierto.

(2) Tal es la ridiculéz, que se nota en el bando publicado en Santiago de Chile el 21 de Mayo de 1823.

y de ciertas armas pueden fundarse en algun inconveniente probable, que puedan producir; hay algunas cosas, cuyo comun uso, es inseparable de su abuso. Si son iguales los motivos para prohibir la venta de ciertos géneros extrangeros, porque sea perjudicial á los progresos de la industria de la nacion, lo dirán los políticos economistas.

. . . .

Muchos contratos se encuentran adornados de diversos nombres, que los que damos á los ya descriptos. No obstante, si como es debido, los descomponemos, y reconocemos las piezas de que se forman, encontraremos en resultado, corresponder cualquiera de ellos á alguno de los contenidos en este capítulo. El seguro, la apuesta, no son otra cosa que donaciones condicionales: el censo (1) no es mas que la compra y venta con ciertos aditamentos.

. . . .

Contratos escriturarios, ya hemos dicho que pueden serlo todos; porque sobre cualquiera

---

(1) El censo es un contrato nuevo, que no conocieron los romanos. El es bastante usual entre nosotros: merecía un singular tratado, que hoy no me es posible dar. Sala, corrigiendo á Vinio, ha escrito perfectamente sobre ello; puede verse su apéndice en seguida del tít. 25. lib. 3. de las instituciones.

de ellos pueden convenirse las partes en que para constancia se forme escritura ; pero la obligacion, que de ellos nace, es debida al mismo contrato, no á la escritura. Bien podrán los contratantes convenir en que sin escritura no valga el contrato : en este caso el otorgamiento de ella será una condicion, de que pende aquel. Contratos *literarios*, que de solo la escritura toman todo su valor de modo que obliguen aunque su contenido sea falso, no los hay, á pesar de cuanto digan Justiniano y los Romanistas. En las Pandectas nada se habla de obligaciones por letras, sin embargo el Emperador llenó con ellas el tít. 22 lib. 3 de sus instituciones ; pero lejos de describirnos un nuevo contrato, no hizo en ese título otra cosa, que proponer, y decidir una cuestion sobre otro, de que había hablado en el 15 del mismo libro. ¿ Qué remedio le queda, al que habiendo pedido en mutuo, otorga el documento ó firma recibo de la cantidad sin habérsele entregado ? Esta es en substancia la cuestion. La decision está reducida, à que si el que firmó el documento, ha dejado pasar dos años sin protestarlo, estará obligado al pago : si entre los dos años se le reconviene, hay contra ello la excepcion de no entrega, á que llaman *non numeratæ pecuniæ*, la cual puesta incumbe al actor probar, que hizo entrega de lo que dice

el documento. El que firmó el recibo puede dentro de los dos años de su fecha presentarse ante el júez, y pedir le haga devolver su recibo por una accion que llaman condicion *de causa dada, causa no seguida*; ó protestar ante el mismo que tal recibo se le retiene sin causa, y de consiguiente, que no debe tener efecto. En iguales términos que Justiniano se explica la ley 9 tít. 1 part. 5.

Prescindamos de lo absurdo de estas resoluciones: (1) ellas no hacen mas que decidir en

(1) Valiendose los poderosos de las ventajas, que le da su posicion sobre el necesitado, que les pide, podrán despues de recibir el documento de la cantidad, que han ofrecido prestar, no entregarla, y reconvenir con él para que se les pague. Este parece ser todo el mal, que intentó precaver Justiniano con las disposiciones del tit. 22 lib. 3 de sus instituciones; y por eso las reduce solo al mutuo; pero yo creo mayores los males, á que esas disposiciones dan lugar. Los tramposos, que por lo general son los menesterosos, prevaliéndose de aquellas leyes protestarian dentro de los dos años contra el documento, aunque de facto hubiesen recibido el dinero, ó pedirian su devolucion por la condicion *causa data, causa non secuta*; y como en estos casos al que tiene el documento le incumbe la prueba, de que entregó el dinero, lo perderían muchas veces por falta de ella. Este temor retraería justamente á los hombres de auxiliarse con el mutuo en sus necesidades, y á igual retraccion dá lugar el tener el prestamista que esperar á que

un caso especial, determinando la fuerza, que pasados dos años, debe tener contra el subscribente un documento, en que confiese haber recibido una cantidad en mutuo. Lo que de aquí nace, es que ese documento, pasados los dos años, hace una prueba de lo que contiene, una prueba de que el reo recibió en mutuo, y dé que debe pagar; pero debe pagar por razon del mutuo, probado con el documento, y no por razon del documento mismo. Hacer de la clase de prueba de un contrato, una naturaleza de contrato, es confundir las cosas. Entonces á mas de las especies de contratos que describe el mismo Justiniano, sería necesario añadir tan-

pase el bienio para asegurar el reembolso de lo que entregó, por no exponerse á que si demanda antes, se le objete la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, y cargue sobre él la obligacion de probar, que es el mayor gravamen de un juicio. Estos males son, á mi ver, mayores que los que intentó Justiniano precaver. Yo pienso que el remedio mas eficaz, y adecuado para impedir el mal, que temía el Emperador, consiste en igualar cuanto sea posible la posicion del necesitado que pide, con la del rico, que ha de prestar; y qué ello se consigue con el interes, que debe producir el dinero al prestamista. Esto es mas conforme al principio de utilidad, y mas digno de una ley. Lo que dice el derecho en esta parte provoca á la desmoralizacion, y debería corregirse. La práctica del comercio á este respecto ha enseñado lo que debe ser.

tas, cuántas son las especies de prueba ; y llamariamos *contrato testimonial* al depósito probado por testigos, como él llama *escriturado* al mutuo probado por escritura. No debemos pues conocer otros contratos, que los reales, y consensuales.

Hemos concluido con los modos, y medios de adquirir las cosas: deberiamos tratar de los modos de perderlas; pero no siendo estos diversos de aquellos, no hay porque perder el tiempo: consideramos ocioso estendernos, como lo hace el ilustre Bentham al tratar de los acontecimientos ablativos, despues de haber tratado de los colativos, siendo los mismos los medios de adquirir que los medios de perder. Cuando por ejemplo decimos, que se adquiere por los contratos, decimos tambien que por los contratos se pierde: yo que vendo un caballo, pierdo el derecho que á él adquiere el que lo compra ; y el que lo compra pierde el precio, que yo adquiero.

INDICE

DE LOS

CAPITULOS QUE CONTIENE ESTE

TOMO PRIMERO.

DISCURSO PRELIMINAR.

Pág.

TRATADO PREPARATORIO; *del derecho, de la ley, de sus fines, y objetos*............ 1

PARTE PRIMERA.

DE LAS PERSONAS.

CAPITULO I. *Del derecho de las personas*.. 33
CAP. II. *De la tutéla, y Curaduría*...... 45
CAP. III. *Del matrimonio*............... 63
CUESTION I. *¿ Entre qué personas será permitido el matrimonio?*................ 66
Tabla de las prohibiciones............... 69
CUEST. II. *¿ Cual será la duracion del matrimonio?*......................... 71
CUEST. III. *Con qué condiciones se celebrará este contrato?*...................... 75

Pág.

CUEST. IV. *¿A qué edad será permitido casarse?*........................... 79

CUEST. V. *¿Quién deberá hacer la eleccion del esposo, ó esposa?*.................. *ib.*

CUEST. VI. *¿Cuántos contratantes?*....... 82

CUEST. VII. *¿Con qué formalidades se contraerá el matrimonio?*.................. 85

CAP. IV. *De los hijos, y potestad de los Padres*........................... 87

PARTE SEGUNDA.

DE LAS COSAS........................... 97

CAP. I. *De la division de las cosas*........ 99

CAP. II. *De la propiedad*................ 115

CAP. III. *De los modos de adquirir la propiedad*.............................. 118

CAP. IV. *De la prescripcion*............. 135

CAP. V. *De los otros modos singulares de adquirir por derecho civil*.............. 143

CAP. VI. *De la sucesion legìtima, ó ab intestato*............................ 145

CAP. VII. *De la sucesion por testamento, y de las solemnidades de éste*............ 161

Apéndice al capítulo anterior........... 171

CAP. VIII. *De los medios de adquirir derechos sobre servicios*.................. 175

CAP. IX. *De los contratos*............... 188

Pág.
Del mútuo 195
Del comodato 196
Del depòsito 197
De la prenda 201
De la fianza 203
De la compra, y venta 207
De la locacion, y conduccion 213
Del enfiteusis 215
De las compañias 219
Del mandato 226
De la donacion entre vivos 229
De los contratos condicionales &c 237
De las causas que invalidan los contratos. 238

ERRATAS.

Pagina		linea		dice	léase
18	......	14	......	*etsas*	estas
23	......	27	......	*al*	la
24	......	19	......	*ninguno*	ninguno
40	......	24	......	*publicas* , . . .	publica
59	......	5	......	*mrie*	mire
65	......	18	......	*ella*	ello
82	......	19	......	*mera*	mora
103	......	7	......	*deido*	debido
104	......	17	......	*parece*	Parece
121	......	18	......	*coartado*	coartada
128	......	*ult*	......	*ss*	§
138	......	13	......	*ó son aquellas* . .	ò son de aquellas
154	......	4	......	*heredera*	heredera
ib.	......	26	......	*asegurarlo* . . .	asignarlo
155	......	12	......	*lineas*	linea
156	......	1	......	*puedo*	puede
159	......	17	......	*por en de*	por ende
181	......	9	......	*indinacion* . . .	inclinacion
189	......	17	......	*otros*	otros tantos
ib.	......	*ult*	......	*provisto*	previsto
194	......	5	......	*prectorios* . . .	pretorios
202	......	7	......	*acciones*	accesiones
203	......	16	......	*alegandose* . . .	allegandose
212	......	16	......	*ocacion*	ocasion
213	......	13	......	*vendedor*	comprador
215	......	10	......	*siempre*	para siempre
218	......	26	......	*con la ley*	de la ley
224	......	10	......	*le constituyó* . .	se constituyó
225	......	17	......	*la de un socio* . .	el de un socio
232	......	8	......	*obligacion* . . .	la obligacion.
234	......	26	......	*indiferente.* . . .	diferente



